مجلة الحقوق للجوث العانية والاقفارية

تصديها

كلية الحقوق جامعة الاسكندرية



السنة الرابعة عشرة (1979) العددان الأول والثاني



تصدرها كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور ذكي عبد المتعال دثيس التحرير: الدكتور أنور سلطان

> السنة الرابعة عشرة (١٩٦٩) العددان الأول والثاني

مطبعة جامعة الاسكندرية ١٩٦٩

لجنة التحرير

ذ الدكتور أنور سلطان (وكيل الجامة)	الأستا	_	١
اذ الدكتور حسن حسن كيره (هميه الكلية)	الأستا	_	۲
اذ الدكتور على البارودى (وكيل الكلية)	الأستا	_	۴
اذ الله كتورمحمد ابراهيم غزلان (أستاذ ورئيس تسم الاقتصاد بالكلية)	الأستا	_	٤
اذ الله كتور محسن خليل كامل (أستاذ القانون العام بالكلية)	الأستا	_	٥

تقديم

بهذا العدد الأول من عام ١٩٦٩ تبدأ مجلة الحقوق عهداً جديداً تصل فيه ماكان قد انقطع . فقد عانت المجلة ــ منذ صدورها ــ من التباعد بين تاريخ العدد وبين تاريخ صدورها وكان الجهد يقصر أحياناً عن متابعة مرور السنوات .

وبصدور فهرس المحلة بمناسبة اليوبيل الفضى لكلية الحقوق (١٩٤٣ - ١٩٦٧) ، تبدأ المجلة أعدادها يعام ١٩٦٩ . وتأمل أن يستمر انطلاقها متصلا دائباً في خدمة القانون والمحتمم .

هيئة التحرير

عمداء كلية الحقوق جامعة الاسكندرية في ٢٥ عاما

1454 / 4381	الأستاذ الدكتور زكى عبد المتعال
1980/ X/YM	الأستاذ الدكتور عبد المعطى خيال
1957/ 1/12	الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد
1989/ 9/ 9	الأستاذ الدكتور حسن أحمد بغدادى
1404/11/47	الأستاذ الدكتور حسين فهمى
1909/7 /4.	الأستاذ الدكتو أنور سعيد سلطان
1978/11/ 4	الأستاذ الدكتور على صادق أبو هيف
1977/17/ £	الأستاذ الدكتور شمس الدين الوكيل
1974/ 7/ 1	الأستاذ الدكتور حسن كبره

الفهرس

Torker	
يخ نظام التجديد NOVATIO في القانون الروماني	تار
لله كتور عبدائمية محمله الحفناوى الله المجاري المج	
ى وق الدولية للقمح	ال
لله کتور حازم البیلاوی الله کتور حازم البیلاوی .	
رير مقدم إلى ندوة العقوبة والتدابير الاحترازية	تق
للدكتور رمىيىن بهنام الدكتور رمىيىن بهنام	
Genesis of International Relations in Islam	
Dr. Muhammad Talast al Ghunaimi	1
Quelques Relfexions Methedologiques sur les Sources de la Regle de Conduite Obligatoire en droit International Public	
Mahamad Sami Abdal Hamid	41

تاريخ نظام التجديد _{NOVATIO} في القانون الروماني

للدكتور عبد تلجيد نحمد الحفناوي

١ - امهات السائل التي يشرها تاريخ نظأم التجديد :

عندما نشرع فى دراسة تاريخ نظام التجديد فى القانون الرومانى ، فانه يتعين علينا أن نضع فى عين الاعتبار منذ البداية ، أننا تتناول نظاماً قانونياً مثار جلل ، ويتضمن مشاكل خاصة محل خلاف كبير . وهذا يستوجب بطبيعة الحال أن يتركز جل اههامنا على هذه المسائل الخاصة ، حتى نصل بصدها إلى الرأى الأقرب إلى الصواب فى تقديرنا ، على ضوء التحليل والتمحيص الدقيق والكامل لأهم النصوص التى أشارت إليها . فلن نحال مطلقاً أن نجرى وراء ابتداع الفروض التى لا نجد لها سنداً الآ فى مخيلة الشراح . فالطريقة المثل للبحث والدراسة ليست فى اخضاع النصوص . الفروض مسبقة ، بل التحقق من الفروض عن طريق تحليل النصوص . وهكذا نستطيع أن نقود محنا الذي يتسم بالصعوبة والتعقيد إلى بر الأمان ، دون أن نتورط فى تبنى أفكار لا نجد لها سنداً فى المصادر .

وإذا كانت المشاكل الخاصة بتاريخ نظام التجديد هي التي سوف تكون موضع الاهمام ، فلمك لأن المسائل التفصيلية أو العامة مسلم بها من قبل حميع الشراح ، ومن السهل العثور على أحكامها في الغالبية العظمي لمؤلفات القانون الروماني . ومن ثم فاننا لن نقف عند هذه المسائل الا لمجرد الاشارة وذكر القواعد العامة المتعلقة بها ، بغية كمال هذه اللدراسة . وهكذا نعالج باختصار ماهية التجديد في القانون الروماني ، ونبن أصل نشأته وقطوره . ثم نوضح الأهمية التي كان عتلها . وذلك قبل التطرق إلى شروطه ، وماشره من مسائل دقيقة . وأخيراً نشير إلى آثار التجديد . ونهي محتنا وماشية نبرز فها خلاصة آرائنا .

ولعل أبرز المشاكل الخاصة التى تصادفنا ، ونحن بصدد معالجة أصل نشأة نظام التبحديد ، وشروطه ، تكمن في الكيفية التي استطاع الفقهاء عقتضاها أن يوائموا ما بين التمهد الرسمى Stipulatio ، وهو بموذج العقد اللفظى الذي كان يستعمل كوسيلة لانشاء الالترام ، ونظام التجديد الذي كان يستخدم كوسيلة لانقضاء الالترام ، وليس لانشاء الترام جديد فحسب. فمن المعلوم ، كما سيلي تفصيله ، أن نظام التجديد الروماني كان من ابتداع الفقه . فهل خلع الفقهاء الرومان على التعهد الرسمى الذي كان يستخدم بقصد التجديد قوة انقضائية ، مجانب قوته الانشائية الأصلية ، ليترجم بالتالى ارادة الانشاء في نفس الوقت ؟

ومن المشاكل الخاصة والهامة في نفس الوقت ، تلك المتعلقة بنية التجديد Animus novandi ، وهل هي من صنع جستنيان ، أم أنها ترجع إلى عصر سابق عليه ؟ وبتعبير آخر ، هل تمتير مجموعة النصوص المدونة في الموسوعة ، والتي تشير إلى نية التجديد ، محرفة كلها أو بعضها أم لا ؟ ثم ما هي سبل البحث عن نية التجديد في العصر العلمي ، إذا كانت تمثل أحد شروط التجديد في هذه الفترة ؟ وما هي الوظيفة الحقيقية التي كانت توديها نية التجديد في الهانون المدني الروماني ؟ وأخيراً ، ما هي الحالات التي كان المبريور يتدخل فها ليحول دون تطبيق قواعد القانون المدني الروماني التي كانت المبريور يتدخل فها ليحول دون تطبيق قواعد القانون المدني الروماني التي كانت المبريور يتدخل فها ليحول دون تطبيق قواعد القانون المدني

٢ - التعريف بالتجديد ١٧ في القانون الروماني، وبيان أصل نشانه وتطوره: يعرف أولبيانوس التجديد بأنه انقل وتحويل النزام سابق إلى النزام

Bnifacio, La novazione nel diritto romano, Napoli, 1950; النظر (۱)
F. de A. Sancho Rebullida, La novacion de Las obligaciones, Barcelone, 1964; Rutsaert, Etude sur La délégation en droit privé romain, 1929; staehlin, Die Novation, ihre geschichtliche Entwickelung und ihre Bedentung im geltenden Recht, 1948; Beretta, Scritti Ferrîni,—

آخر يتضمن عنصراً مختلفاً عن الالتزام الأصلي". وهذا هو"ما جاء في الدسمة : ٢٤٢، ٢١، الفائحة :

"Novatio est prioris debiti, in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut puior perematur".

وكذلك يتحدث جايوس (٢) وبايينيانوس (٢) عن أ نقل الالترام
لا translatio obligationis والحق أن هذا التعبير الذي استخدمه
الفقهاء المشار الهم يتسم بعدم الدقة . إذ أن عل الالترام
id quod debetur ، وليس الالترام في ذاته هو الذي ينقل . فن
المتفق عليه بين الشراح أن وحدة المحل في الالترامين ، القدم والجديد ،
كانت من بين شروط التجديد في القانون الروماني (٤) .

ومن الناحية الاصطلاحية ، فان التجديد ''novatio' يأتى اسمه من ''novus' أى جديد ، و ''nova obligatio' ، أى النرام جديد. وهو الالنرام الذي يقوم بانشائه (°) ، ليحل محل الالنرام القديم ('')

- (۲) نظر جايوس : ۲ ، ۱۷۱ ، والموسودة : ٤ ، ٤٠ ۲٧ ، ٣ .
 - (٣) الموسومة : ٢٤ ، ، ، الفائحة .
 - (٤) أنظر :

Ph. Meylan, La réforme justinienne de La novation, congrès intern. jurid., 1935, pp. 278—331; Cornil. causes et conséquences de l'apparition tardive de L'"animus novandi", Mélanges P. Fournier, 1929, pp. 87—118.

(٥) أنظر أولبيانوس ، في الموسوحة ؛ ٢٤ ، ٢ ، ١ ، الفائحة :

"Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione."

(٦) نقس الموضم من الموسوعة :

milan, 1,77; Pringsheim, studi Arangio-Ruiz, 1,509; Heaberlin, Z.S.S., 1957, 100; Talamanca, V. Delegazione, Enciclopedia del diritto; Feenstra, Tijdschrift, 1961,397; Rabel, scritti Ferrini, milan, TV,218; Giardina, studia ulla novazione nella dottrina del diritto intermedio, milano, 1937; Marie-Auguste Gerbaut, de La novation, Nancy, 1882.

[&]quot;cum praecedenti causa ita nova constituatur : ut prior perematur."

ولكن لا يعمى أن هناك تجديداً فى كل المرات التى يستبدل فيها الترام بآخر له نفس المحل ، كما لو حولنا الوكالة إلى قرض . فالتجديد يستوجب عقداً شكلياً ، ونعمى به التعهد الرسمى Stipulatio . فهو لم يظهر كنظام خاص قائم بذاته ، بل نتيجة لنظام آخر هو التعهد الرسمى (٧) . فالتجديد فى الحقيقة ما هو الا اجراء تعهد رسمى يتضمن ما هو مستحق من قبل . ومن ثم فانه رعا من الأوفق فى القانون الرومانى أن نتحدث عن التعهد التجديدى أى التعهد الرسمى الذى يقضى التراماً قدعاً وينشىء التراماً جديداً ليحل محله ، بدلا من الحديث عن التجديد .

ويرى البعض (^) أنه وإن كان جوهر نظام التجديد في العصر العلمي هو استبدال الرّام بآخر له نفس المحل عن طريق تصرف ارتساى هوالتعهد الرسمى، غير أن فكرته في بهاية الجمهورية كانت تتلخص في انقضاء الالزّام عن طريق تصرف ارتساى ، بصرف النظر عما إذا كان من الحتمل أن يودى هذا التصرف إلى انشاء علاقة الرّامية جديدة أم لا . ويضيف هذا الفريق من الشراح أن التعهد التجديدي لم يكن يستطيع في الأصل أن يقضى الا نوعًا واحداً من الالرّامات هو الالرّام اللفظي ، بسبب مبدأ تطابق الصيغ .

ونحن نعتقد أن التجديد كان من ابتداع فقهاء الرومان , وكان يرمى

⁽٧) ويذهب يعض الشراح إلى أنه وإن كان التجديد بجرى من طريق التعهد الرخى فى أغلب الأحيان ، غير أنه يمكن أن يم بواسلة المقد الكتابي أيضاً . ويدم هذا الفريق رأيه على أساس ما جاء فى كتاب نظر جايوس : ٣ ، ١٩٧ – ١٣٠ . أنظر بصفة خاصة :

ا جاء في كتاب نظم جايوس : ٣ ، ١٢٥ - ١٣٠ . النظر بصفة خاصة : - Giffard, précis de droit romain, p. 243-:

Arangio-Ruiz, Instituzioni di diritto romano, p. 396.

غير أن هذا الرأى عمل نظر ؛ أنظر في هذا الصدد ؛

Franco Bonifacio, La novazione nel diritto romano, Napoli; 1950, p. 53.

 ⁽A) بونیفاتشو ، المرجم المثار الیه .

في أول الأمر إلى انقضاء الالترام من وجهة نظر القانون المدنى. يممى أنه كان يرتب في مجال القانون المدنى الأثر الذي كان يرتب الله المتانون المدنى الدينورى . ونستطيع أن نربط بين هذا الأثر الانقضائي والقاعدة الرومانية القائلة بأنه لا يمكن اجراء تعهدين متعاقبين بالنسبة لنفس الحل :

"Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur."(1)

وأصل هذه القاعدة غامض للغاية (١٠). وعلى أى حال فان أبسط التفسيرات التي يمكن أن نقدمها محصوص الأثر الانقضائي التجديد وعلاقته سلم القاعدة ممكن انجازه في أن التمهد التجديدي كان يبرم في البداية في أعقاب الانفاق pactio الذي يتم بعد وقوع جريمة ما ex promissio . فالالترام المتولد عن الجريمة ينقضي عندما يتعهد أقرباء الجاني بجانبه أو حتى بدونه بدفر الغرامة الموقعة عليه .

ولقد استبعدت هذه القاعدة القديمة Bis de eadem re ne sit debitum بالتدريج لأنها لم تكن عملية ، وتم التطور على النحو التالى :

١ - فى بعض الحالات كان الدائن يقدر أن هناك فائدة له من الابقاء على الدين القديم بجانب الدين الجديد الذي يلتزم به شخص آخر بجانب المدين، الزيادة ضهاناته مثلا . والقاعدة لا تمس عندثذ ، مادام أن الدائن ما كان يستطيع أن يرفع الدعوى عن ذات الموضوع مرتين ، على المدين الأصلى وعلى المدين التبعى .

⁽٩) بمبينيوس ، الموسومة : ٤٥ ، ١ ، ١٨ ؛ ه٤ ؛ ١ ، ٣٥ ، وجوليانوس ، الموسومة : ه٤ ، ١ ، ٨ه ؛ وأنظر أيضاً جيرار ،الوجيز ، ص ٧٣١ ، فقرة ٤ .

⁽١٠) أنظر :

٢ -- سمح بتحويل دين سابق فى التزام جديد ، شريطة أن يتم شىء من التغيير فى الالتزام القديم ولكن لكى نظل القاعدة سليمة ، فان نشأة الالتزام الجديد تؤدى إلى انقضاء الالتزام القديم .

٣ — وأخيراً تم استبعاد القاعدة القديمة ، مع بقاء الطرفن المتعاقدين أنفسهما ، وذلك بتطبيق فكرة جديدة هي : فكرة تفريد الالترام من أجل سببه . وهكذا فان الشيء ذاته عكن أن يكون مستحقاً للدائن في ذمة نفس المدين لأسباب بختلفة . ويوجد في هذه الحالة من الالترامات المنفصلة ما يعادل أسباب الالترامات (١١). كما تتعدد الالترامات أيضاً عندما لا تكون لدى الطرفين نية التجديد عند ابرام التعهد الرسمي Stipulaito.

ولقد ولد التجديد في عصر كان للشكل فيه أهمية حاسمة ، كما سيلى . فن المعلوم أن نظم القانون الروماني في بدايته كان يعلو فها الشكل على الجوهر. ولم يشد التجديد عن هذا المبدأ العام . ففي نظر القانون الروماني في مراحله الأولى ، يعتبر الالتزام الذي يغير من شكله التزاما مجدداً ، وما التجديد الا تعنير عصب المدلول الحرفي لهذه الكلمة . والغرض الرئيسي للتمهد التجديدي ، في تقدير هذا الفقه القديم المتمسك بالأوضاع الشكلية ، هو على التجديدي مكل قانوني ومحدد بوضوح على علاقة الزامية . فكل الترام ، عندصبه في قالب التعهد الرسمي ، يفقد شكله الأصلى ويتدثر برداء جديد .

ويمكن أن نلقى ضوءاً أكبر على وضع التجديد هذا بمقارنته بما هو عليه الحال فى التقنينات الحديثة ، حيث أن الأمر يختلف تماماً. ففى التشريعات المحاصرة ، لا يمكن أن يوجد مفهوم التغيير هذا للالترام ، حيث أن الالترامات ليس لها شكل محدد. فسواء صب الاتفاق اللفظي فى محرد ،

⁽۱۱) أوليبانوس ، الموسوعة : ١٩ ، ١ ، ١٠ ، يولمس ، الموسوعة ؛ ي ، ٢ ، ١٤ ، ٢ ، ٢ ، ١٧ ، ١٥٩ .

أو كرر الاتفاق المكتوب شفوياً ، فان الاتفاق ذاته قائم وواحد ، لأن الجوهر لايتغىر ، والشكل لا أهمية له .

فلا يمكن فهم أصل نشأة التجديد في القانون الروماني الامن خلال نظام يقرر أن في شكل العقود تكن قوتها الالزامية . كما أنه لا يمكن تصوره بالتالى الا مع التعهد الرسمي . وليس غريباً اذن أن يلقى هذان النظامان المتلازمان نفس المصر في نفس الوقت . فلقد سقط كلهما مع البقايا الأخيرة للشكلية الرومانية القديمة في نهاية تطور القانون الروماني ، واختفيا مماً بلا عودة .

ويمكن أن نلخص النتائج التى توصلنا اليها من دراستنا لمشكلة تعريف التجديد وأصله وتطوره فى عبارة وجيزة، مميزين مابين بهاية عصرالجمهورية، والعصر العلمي حيث تكاملت فيه عناصر نظرية التجديد الروماني . فالتجديد فى بهاية العصر الجمهوري هو عبارة عن انقضاء الالترام عن طريق التعهد الرسمي ، سيان فى ذلك أن يودى هذا التعهد أم لا إلى انشاء علاقة أخرى . ونعرف التجديد فى العصر العلمي بأنه استبدال الترام جديد بالترام قدم ينقضي ، بواسطة تصرف ارتساى هو التعهد الرسمي يترتب عليه نقل نفس اللين idem debitmm

٣ -- فوائد التجديد :

كان للتجديد أهمية كبرى فى الحياة العملية الرومانية . فعن طريقه كان يمكن تعديل الالتزام ، وتحويله ، ونقله ، وتدعيمه ، وانقضاؤه . ونوجز فها يلي مجالات استجاله .

۱— غالباً ما مهدف الدائن من وراء ابرامه التعهد التجديدى، الذي تضمن ماهو مستحق له ، اضفاء شكل أكثر انتظاماً على دينه ، واعداد وسيلة أكثر فعالمية . فطالما أن الديون الاتفاقية متدثرة بشكلها العادى ، فانه لم يكن محمها في غالبينها ، سوى دعاوى حسن النية . وهى دعاوى تنظر أمام محكمن ، وليس أمام قضاه . ويفصل فها وفقاً لمقتضيات العدالة ، وعادات التجارة ،

وليس وفقاً لأحكام القانون الدقيقة . فكان من المتعين إذن ، إذا ما أريد عرض هذه الديون أمام قضاة ، وفقاً لاجراءات المرافعات العادية ، أن تتدثر برداء التعهد الرسمى ، الذى كان مرناً لاستيعاب الاتفاقات الغاية فى التنوع ، وفى نفس الوقت كان محدداً محيث أنه يتلائم مع صيغة الدعوى .

فلو فرض مثلاً أن هناك النزاماً لا يرجع أصل نشأته إلى عقد لفظى (تعهد رسمى) ، فيكفى صبه فى تعهد رسمى ، وتحويله بالتالى إلى النزام لفظى لكى يتحقق التجديد . كما لو كان مصدر الدين هو عقد البيع أو الوكالة أو الشركة أو أو أى عقد آخر من عقود حسن النية .

فكان يكفى أن يتبادل الدائن مع المدين عبارات التعهد الرسمى المقررة:
همل تعد باعطائى ألفا ؟ ? "mille mihi dare spondese" ، ويكفى أن
يجيب المدين على هذا السوال الذي وجهه اليه الدائن " نعم أعد spondeo لل
لكى ينفصل الدين عن مصلاه الأصلى (عقد البيع مثلا) ،
ويكتسب سمات البساطة ، والثبوت ، والتحديد . وهي كلها خصائص هامة
بالنسبة للميدان التجارى . فلو فرض مثلا أن ثمن البيع ألف سيسرس ،
فانه عكن تجديد الالترام بأدائه عندما يبرم البائع مع المشترى تعهداً رسميا
بالصيغة السالفة الذكر . ويسأل المشترى عندتاد عقتضي التعهد ex stipulatu .
و بعد أن كان مسئولا على أساس عقد الشراء و حده . وحده و المساس عقد الشراء . وحده و المساس المساس المساس المساس المساسلة المسئولة على أساس عقد الشراء . وحده و المساسلة المساسلة المساسة المساسلة المساس

ويتر تب على ذلك أن الدائن ، عند المطالبة عقه ، لن محتاج إلى أن يثبت المصدر الأصلى لدينه . فلا بهم ما إذا كان يوجد ، قبل ابرام التعهد الرسمى ، فانه بهم أو وكالة . . الخ . فاذا ما صار المبلغ الواجب الأداء محلا لنمهد رسمى ، فانه لمهمد يعتبر مثابة ثمن بيم أو باقى حساب . هذه القيم التي ليست دائماً عققة ، والتي لا يمكن أن محددها القاضى ، إذا ما ثار حولما النزاع ، الاعلى أساس أن يأخذ في عين الاعتبار كل الظروف المحيطة بالالنزام . في هو مستحق ، مقتضى التعهد الرسمى ، وهو ماثة أو ألف مثلا ، قانه مقدار مجرد ، ومن ثم ثابت . ويمكن القول بأنه إذا ما تزود الدائن بسند يثبت التعهد، فانه يعتبر كما لو كان محوز نقودة ، لأن قيمة السند الذي تحت يده مؤكدة .

Y -- وكان التجديد يستخدم في بعض الأحيان ، ليس من أجل اعداد الاجراءات الكفيلة عطالبة المدين بالوفاء بالطريق القضائي كما هو الحال في الفرض السابق ، بل على العكس ، بغية إعداد وسيلة فعالة لابراء ذمته من الدين . فهو يرمى هنا إلى تحقيق الابراء اللفظي Verbis . فبمقتضى بالنسبة لالذرام لم يكن قد نشأ في الصورة اللفظية Verbis . فبمقتضى قاعدة توافق الصيغ ، كان يتعن حدوث تطابق بن الشكل الذي ينشأ فيه الالترام وشكل انقضائه . وهكذا تطابق صيغة التعهد الرسمي المدى ينشئ الالترام : "هل تعد باعطاء مائة ؟ centum spondesor » أن م تعم أعد centum habesne » أنم قبضها . فكان من الضرورى ، \$ spondeo . فكان من الضرورى ، لكي يكون التناسق كاملا ، ألا تطبق كل صيغة ابراء الا على الالترامات

⁽۱۲) نظم جايوس : ۱۷۲،۳ ـ ۱۷۷ .

⁽١٣) أنظر : الله كتور صوفى حسن أبو طالب ، أبحاث فى مبدأ سلطان الإدارة فى القانون الرومانى ، ١٩٦٤ ، ص هه .

الناشئة عن طريق الصيغة المعادلة . وهكذا لم يكن من الممكن أن يسرى الابراء الفظى على الالترام المتولد عن القرض أو البيع .

هذا و بلاحظ أن الابراء اللفظى كان محاكى التعهد الرسمى ليس فقط من حيث الشكل ، بل و كذلك من حيث الآثار . وله نفس القوة لقضاء الدين مماثلة لقوة التعهد في انشاء هذا الدين . فهو كان ، مثل التعهد الرسمى مستقل ، عن سببه الأصلى . فن المحتمل أن الدائن ، عندما كان يقول قنم قبضت المائة . معندما كان يقول قنم قبضت المائة . معندما كان يقول معادله من عوض ، ومن المحتمل أخيراً أن يكون قد أخطأ في اعتقاده بأنه قد حصل على الوفاء بينا هو في الحقيقة أم يحصل على ألوفاء بينا هو في الحقيقة أم يحصل على أى شيء . فأيا كان الوضع ، فانه قد نطق بالصيغة المقررة . وهذه الصيغة ، بذاتها ، ترىء المدين . فالابراء اللفظى كان مفيداً الدائن لتدعيم دينه ، فان الابراء اللفظى كان نافعاً الرائع .

وفي عبارة موجزة ، فان الابراء اللفظى هو المخالصة الحقيقية والارتسامية التي كان يحتاج البهاكل مدين . ولما كان ذلك غير ممكن الا بالنسبة للالترامات اللفظية ، مادام أن الصيغة اللفظية لا يمكن أن تقضى الا الالترامات اللفظية، فان كل من يلتزم عن طريق القرض أو الشراء . . الخ ، ما كان يستطيع الحصول على مخالصة رسمية ، مهما كان محتاجاً البها . والتتجديد هو الذي يقدم المدين في مثل هذه الحالات ، الوسيلة الناجعة ، لأنه يحول الديون على اختلاف أنواعها إلى ديون لفظية ، ويجمل بالتالي كل دين قابلا للابراء اللفظي .

٣ – وكان التعهد التجديدي يحقق ، في ظل القانون الروماني القديم ،
 فائدة ثالثة ، يمكن أن نشير الها سريعاً . فجايوس يذكر حالة اضافة كفيل

sponsor أو حذفه (١٠) من بين حالات استمال التجديد . والالترام اللفظى هو وحده ، في القانون القديم ، الذي كان يمكن أن يكون محلا للكفالة . إذ أن الكفالة ما كان من المستطاع أن تتحقق الا بواسطة صيغة لفظية : همل تعد بنفس الشيء ؟ spondeo ، أو نعم أحد . spondeo ، وهم تضمن نفس الشيء ؟ spondeo ، أو نعم أضمن . وهي مسبعة المقد ويتعين أن تكون لهذه الصيغة ، صيغة أخرى ملائمة ، وهي صيغة العقد الرئيسي . والكفالة تماثل الإبراء اللفظي في هذا الحصوص . وهكذا فانه علم الاشكال التقليدية للحقد اللفظي على الالترام ، يصبح الالترام قابلا للضمان بطريق الكفالة .

ولن نقف عند هذه النقطة أكثر من ذلك، لأنه قد أدخلت أشكال جديدة للكفالة منذ زمن جايوس ، واختفت بصفة كاملة تقريباً هذه الوظيفة الني كان التجديد يقوم مها .

ويمكن تلخيص هذه الوظائف الثلاث التجديد في عبارة واحدة : يرمى التجديد إلى اضفاء صفات وامتيازات الالتزام اللفظى على الالتزامات غير اللفظية . ومع ذلك ، فإن الالتزامات اللفظية ذاتها غالباً ما محتاج إلى التجديد . وسنقوم الآن باستعراض أربع حالات أخرى لاستعال التجديد، حيث يمتد فيها ويعمم على سائر الالتزامات ، لفظية كانت أم لا .

\$ -- فالتجديد هو الوسيلة التي يلجأ الها عندما يراد ادخال تعديل بتغيير وصف من أوصافه . إذ أن الالترام بمكن أن يقبل أوصافا عتلفة . فهو يمكن أن يكون مضافاً إلى أجل ، أو معلقاً على شرط ، أو بسيطاً بلا قيد أو شرط . ولكن يتعين ، إذا ما نشأ مقرناً بوصف من هذه الأوصاف أن محتفظ به حتى نهايته ، لأن قانون العقد الذي أنشأه على هذه اللمورة ،

 ⁽١٤) ولقد كان هذا هو رأى السابينين ، بيها كان البروكيليون يرفضون الطابح
 التجديدي عند شم الكثيل أو حفقه .

لا يمكن أن يلغى الا عن طريق قانون مساوله فى القوة ، أى عن طريق إبراًم عقد جديد . هذه هى القاعدة الرومانية التى حاول الفقه التخفيف من حدّمها تدريمياً ، ولكن دون أن يلغها أبداً .

ولعدم مخالفة هذه القاعدة ، كان يستخدم التجديد لادخال التعديل المطلوب فى الالترام . فلو رغب المقرض مثلا فى تغيير أجل الوفاء بالقرض بعد ابرامه باختصار مدته أو اطالتها، أو رغب فى أن مجعل قرضه المضاف إلى أجل ينقلب إلى قرض بسيط بالغاء الأجل ، فانه يبرم تعهداً رسمياً يضمنه المبلغ الذى أقرضه مع اضافة التعديل المطلوب . وهكذا فان الدائن يكون قد قام باجراء تجديد عن طريق تغيير الأجل أو الغائه . ويصبح الدين مضافاً إلى الأجل الجديد أو فورياً لأن مصدره لم يعد هو عقد القرض بل العقد اللفظى .

ويقال نفس الشيء فى الفرض العكسى ، بأن أبرم الدائن تعهداً رسمياً، اشترط فيه لأجل ما كان مجب الوفاء له به فوراً (١٥) .

وما يهم ملاحظته هنا أن الأجل المضاف اليه الالتزام القديم أو الالتزام الجديد لا يتأثر به التجديد ذاته : فالتجديد لايضاف أبداً إلى أجل ، فهو دائماً حال . فالالتزام ينشأ عنه فوراً ، رغم أن استحقاق هذا الالتزام وتنفيذه قد يكون موجلا .

وبجانب الأجل، يوجد وصف آخر وهوالشرط. ومن أمثلة هذا الفرض أنه بعد أن يرم المتعهد تعهداً رسمياً يلنزم فيه بإلىزام بسيط بإغطاء العبد ستيكوس معلقاً مستيكوس معلقاً العبد والمتحد من طعت dare stichum pure . والتجديد يتحقق هناأيضاً، سواء أصيفالشرط، أو الغي، أو استبدل بشرط آخر . غير أن هناك خلافاً مابين الشرط والأجل فيا يتعلق عمدى تأثر التجديد بكل منهما . فينا هو لا يتأثر بالأجل ، فانه على العكس يتأثر بالشرط . إذ أن الشرط يعلق وجود الالنزام ذاته وليس مجرد استحقاقه . ومن المعلوم أنه لكى يتحقق التجديد يتعن وجود الاكزام الذي علم علم . لكن

⁽١٥) نظمَ جايوس : ٣ : ١٧٧ .

الشرط مجعل أحدهما غير محقق ، وبالتالى فان التجديد يكون غير محقق نتيجة لذلك . ولقد كان الفقيه الرومانى سرفيوس سولييسيوس Servius Sulpicius يذهب إلى أنه في حالة اضافة شرط إلى النزام بسيط ، فان التجديد يتم فقط عند تحقق الشرط . وهذا هو الحل الذي رجح . أما في الحالة العكسية ، أي عند الغاء الشرط المعلق عليه الالتزام القدم، فان الأثر التجديدي يكون فورياً (١٦) .

ه ... وكان التجديد يلجأ اليه لحوالة الحق (١٧) أو الدين ، عندما يراد تغير شخص الدائن أو المدين . ذلك أن العقبات التي كانت تعترض سبيل ادخال تعديلات في الالتزام ، كانت تحول دون حوالته . فكل التزام ، من حيث المبدأ ، ثابت لا يتحرك ، مثلما لايقبل التعديل ، لأنه ما هو سوى علاقة بين شخصيين محدين ، ولا يستطيع أى منهما أن يتنازل عن مكانه لشخص آخر بدون أن تقطع العلاقة الأولى ومحل محلها علاقة وعقد جديدان. فنحن نجد أنفسنا اذن ازاء نفس الصعوبة الَّي كانت تقف في طريقنا منذ قليل. وبهب التجديد هنا أيضاً لمساعدتنا . فلو فرض مثلا أنى أقرضت زيداً من الناسُّ مبلغاً من النقود ، وأريد أن تكون دائنه بدلا مني ، فانك تبرم معه ، بناء على أمرى ، تعهداً رسمياً محله "مبلغ النقود الذي في ذمته لي " ، ويصبح هو في الحال مديناً لك وليس لى . ونكون بذلك قد توصلنا إلى نفس النتيجة التي كانت من الممكن أن تتحقق إذا ما كنت قد حولت حقى لك . فلو نظر إلى الأمر من حيث النتيجة ، فإنه يتمن القول بأن حوالة الحق قد تمت . وهكذا كان عكن ، بفضل التجديد ، أن تتداول الحقوق من يد إلى يد ، ومن مكان إتى مكان . فيمكن بيعها ، ومقايضتها ، واعطاوُها على سبيل الدوطة أو الوفاء أو الرهنر .

در ط ؛ أنظر ، فيا يتماتي بالاشكالات التي يشيرها النجديد المماتي در ط ؛ . Koschaker, Bedingte Novation und Pactum, in Fest. Hanausek, 118 ss; Kaden, Ein Beitrag zur jehre der bedingte novation, in z.s.s., 44, 1924 pp. 164 ss; Cuq, Inst., p.923.

⁽١٧) الموسوعة : ٢٤ ، ٢ ، ٨ ، ٥ .

ومهما يكن من أمر تنوع هذه الحالات المختلفة لحوالة الحق موضوعيّاً ، غنر أن شكلها دائماً واحد ، وهو الشكل الخاص بالتجديد .

ويقال نفس الشيء بالنسبة لتغيير المدين . فاذا ما أجرى دائنك تعهداً رسمياً ممى ، مشترطاً على فيه أما عليك له أ ، فان الدين ينتقل من ذمتك إلى ذمتى ، ويتحقق التجديد بتغيير المدين (١٨) .

٣ - و يمكن ، عن طريق التجديد ، أن نتفادى ، في حدود معينة ، القاعدة التي تستبعد النيابة في عجال الديون وتحول دون أن يصبح شخص ما دائناً أو مديناً عن طريق و كيل . وهذه القاعدة التي أملاها نظام الشكلية الدقيق ، كانت تمثل في الحياة العملية عقبة وخطراً ، مثلها في ذلك مثل القواعد السابقة . ولتفاديها كان يعرم الموكل تعهداً تجديدياً مقدماً مع من سيتعاقد معه الوكيل . ومن ثم يتحول الحق أو الدين الذي يتعاقد عليه الوكيل من ذمته إلى ذمة الموكل بواسطة التجديد السبق .

وهكذا فان هذا النوع من التجديد المسبق يتفادى كل أخطار الوكالة في القانون الروماني . ومجعلها تشبه الوكالة في القانون الحديث ، والتي تقضى بأن التعهدات والوعود التي بجريها الوكيل لا أثر لها الا بالنسبة للموكل كما أن التعهد التجديدي يسهل الوكالة بطريقة أخرى . فلو فرض أن الموكل يريد أن يمنح وكيله سلطة التصرف في دين له ، فان أحسن وسيلة كانت تكن في الساح للوكيل بأن يبرم مع مدين الموكل تعهداً يلتزم فيه هذا الانحير باعطاء الدين للوكيل .

 وأخيراً فان التجديد يمكن أن يستخدم فى سبيل تصفية الدين وتحديد مقداره . فن يبرم تعهداً رسمياً يشترط فيه تعويضات مثلا ، فانه مكنه تجديد دينه باشتراط مبلغ محدد بدلا منه . ومن يشترط شيئاً ما ، ممكنه تجديد دينه باشتراط قيمة هذا الشيء مكانه .

⁽۱۸) نظر جاپوس : ۲ ، ۱۷۹ .

غ - شروط التجديد :

أوجز جايوس شروط التجديد وآثاره مماً في سطور قليلة تضمنها كتابه النظم . فهو يقول لنا أنه يوجد تجديد أإذا اشترطت على تيتيوس مثلا بأن يقوم باعطائى ما يتعن عليك دفعه لى ؛ لأنه بتدخل شخص جديد ينشأ النزام جديد . ويختفي الالتزام الأول لينتقل في طيات الالتزام الثاني (١٩).

فن حيث شروط التجديد ، فان جايوس يعلن أن التجديد يتحقق [إذا اشرطت على شخص جديد بالقيام بأداء ما يتعين عليك دفعه لى . فنحن نلحظ هنا ثلاثة شروط على الآقل متميزة :

۱ ــ اإذا اشْرَطَت، فيتعين ابرام تعهد رسمي stipulatio ؛

٢ – أإذا اشترطت على شخص جديد ، فيجب أن يوجه هذا التعهد الرسمي إلى مدين جديد ، أو بطريقة أكثر شمولا ، كما حرص جايوس على ابرازها في الشطر التالى من النص ، يتعين أن محتوى التعهد الرسمي على شيء ما جديد ؛

٣ ــ أإذا اشترطت ما عليك لى ، فيجب أن يكون موضوع هذا
 التعهد نفس الشيء المستحق من قبل .

تلك هي الشروط الثلاثة التي يسود الاتفاق بين الشراح على أن جايوس كان يقتضها . وهو يضيف إلى هذا المثال الأول أمثلة أخرى (٢٠) . وإذا ما القينا نظرة على كل هذه الأمثلة مهما اختلفت ، فاننا نلحظ دائماً وجود هذه الشروط الثلاثة المتفق علها . بيد أن الخلاف يظهر بين الشراح فيا يتعلق بشرط رابع ، وهو نية التجديد inimus novandi . فالبعض برى أنه غربب على النظرية الأصلية للتجديد . والبعض الآخر يرى أنه غربب على النظرية الأصلية للتجديد . والبعض الآخر يرى أنه غرب على النظرية التحليد . وهو التجديد

[.] ۱۷۷ ، ۳ ، ۱۷۷ .

⁽۲۰) جايرس : ۲ ، ۱۷۱ - ۱۷۹ .

فى العصر العلمى . وازاء هذا الحلاف فى الرأى ، ونظراً لأن المعركة مازالت عتدمة حول هذا الموضوع ، وجدنا أنه من المناسب أن نفرد له حيزاً كبيراً لحد ما فى مجئنا لنوضح فيه موقفنا منه مدعماً بتحليل شامل للكثير منالنصوص.

أما بالنسبة للشروط الثلاثة المستقر عليها الرأى ، فاننا لا نجد أى محل للوقوف عندها طويلا فى هذا البحث المتخصص ، إذ من السهل الالمام بها بمجرد الرجوع إلى الغالبية العظمى من أمهات كتب القانون الرومانى .

ولذلك فان عرضنا لها سيكون من قبيل التذكرة بها ، ولن يُركز اهمّامنا بصددها الا على ما قد تثيره من أفكار محل خلاف بن الشراح .

هذا ويلاحظ أن من بين هذه الشروط الثلاثة ، يوجد شرطان بينهما ارتباط وثيق . فاذا كان كل تجديد يتطلب تعهداً صحيحاً ، فانه يقتضى بناء على هذا الشرط ذاته أن محتوى على عنصر جديد . فلو فرضنا أن التعهد الرسمى لا يتضمن أى شيء جديد ، وأنه مجرد تكرار لتعهد سابق ، اعتبر مثل هذا التعهد ، ولحذا السبب ذاته ، غير مفيد وباطل .

وإذا كنا نجد فى كل تجديد عنصراً يتغير ، فان هناك عنصراً يبقى . لأن التجديد ، كما سبق أن قلنا هو تغيير لالتزام سابق . وهذا هو الشرط الثالثالذى يتطلبه جايوس: فكل تجديد عبارة عن تعهد بدين stipulatio debiti، ومحله بالضرورة شيء واجب الأداء من قبل .

ه الشرط الاول: التعهد الرسمي stipulatio

سبق القول بأن التجديد يقوم بتأدية وظائف غاية فى التنوع . بيد أنه أيا كان الغرض الذى يسمى إلى تحقيقه ، فان شكله كان واحداً لا يتغر ، وهو الصيغة الارتسامية للعقد الشفوى أى التعهد الرسمى . ولكى نفهم استعمال

 ⁽۲۱) أنظر الدراسة المستفيضة التمهد الرسمى فى مؤلفنا و موجز نظرية الالتزام فى القانون الرومان ١٩٦٤،٩ - ١٩٦٠ ، ص ٥٦ – ٧٧ .

التعهد فى هذا المحال الحاص ، نجد أنه من الضرورى تقديم بعض الملاحظات العامة عن التعهد الرسمى .

ولقد استلزم القانون الروماني شرط الشفوية في التمهد الرسمي حي بهاية العصر العلمي . أما في عصر الامراطورية السفلي ، فلقد تقررت صحة انعقاد التعهد بأية عبارة Quibuscumque verbis ستفاد منها رضاء المتعاقدين، وذلك ممقضي قانون أصدره الامراطور ليون في عام ٤٧٢ م . ولقد أخل الامراطور حسنينيان مهذا القانون القاضي بتغليب المعاني على الألفاظ ، والاكتفاء بوجود اتفاق بن الطرفين يدل على تراضهما أيا كانت العبارات المستعملة ، وأصبح رضاء الطرفين الشرط الأساسي لانعقاد التعهد . وكانت تضمنه في العادة وثيقة مكتوبة ، الا أن ذلك ليس شرطاً ضرورياً .

ومن ثم صار التعهد مختلف عن العقد الرضائى من ناحية واحدة ، وهى أن العقد الرضائى بمكن انعقاده فى بعض الأحيان ضمنياً ، وهذا غير جائز بالنسبة المتعهد . صحيح أن التعهد لم يعد يتطلب النطق بألفاظ معينة ، الا أنه لا بمكن انعقاده دون الاعلان الصريح عن الارادة أيا كان شكله . ويترتب على ذلك أنه قد أصبح من الممكن تسمية كل اتفاق تعهداً ويترتب على ذلك أنه قد أصبح من الممكن تسمية كل اتفاق تعهداً الواقع أن التعهد صار هو العقد الرومانى بوجه عام ، وهو الأصل التارخي للعقد فى عصرنا الحاضر .

أما من حيث نطاق تطبيق التعهد الرسمي ، فلقد كان واسماً جداً ، وتنوع مضمونه تنوعاً كبراً . ولقد كان التعهد الرسمي يعتبر قالباً عاماً تفرغ فيه سائر أنواع المعاملات ، سواء في مجال المعاوضات أو التبرعات . فاذا ما أريد تزويد الاتفاق ، أيا كان نوعه بدعوى من دعاوى القانون وجعله ملزماً ، فانه كان يكفى الباسه رداء التعهد . بل ولقد كان كثيراً ما يلجأ الأفراد إلى الباس عقد موجود من قبل شكل التعهد للاستفادة من الطبيعة الى تتمبر بها الدعوى الناشئة عن التعهد . فالتعهد كان يستخدم في هذه الحالة الأخيرة لتغيير طبيعة عقد موجود من قبل وتحويله إلى عقدمن عقود القانون الفيتي . ومن المعلوم أن القاضي لا يتمتع بسلطة التقدير فيا يتعلق بالنزامات القانون الفيتي وبالتالى لا يستطيع أن يفسرها تفسيراً واسعاً لمصلحة بالمدين . وهكذا يتأكد كل من المتعاقدين من أن النزاماتهم ستنفذ كما هي دون تغيير فيها .

ولقد سبق القول أن هذه هي الحالة الأخيرة من بين الحالات العديدة لاستعال التجديد . فالدائن يقوم بابرام تعهد رسمي يتضمن ما هو مستحق له نتيجة أحد مصادر الالترام الأخرى ، ونقول أنه وجدد، دينه أى أنه انقضى في سبيل الحصول على دين جديد : فالدائن عندما يقوم عقاضاة مدينه ، فان التعهد الرسمي هو الذي سيمثل نقطة بداية له . ولن يرجع إلى ما تم قبل ابرامه ، ما دام أن التعهد الرسمي يكفي في ذاته ، وهو مستقل

عن كل ما سبقه . وحق الدائن الذى كان قائمًا قبل التعهد يصبح اذن لا طائل تحته من وجهة نظر القانون الشكلى والضبق . والحق الذى يصبح لا جلوى منه يعد غير موجود .

هذا ، والتعهد الرسمى اللدى يعرم من أجل التجديد يطلق عليه اسم التعهد التجديدى ، كما أوضحنا من قبل . وهو يقضى النزاماً قدماً وينشىء النزاماً جديداً محل محل الالنزام القديم . وفى تقدير البعض ، أنه تتمن الاشارة فى التعهد التجديدي إلى الالنزام الأول بدقة ، كما فى الأمثلة الآتية :

٩ هل تعد باعطاء المائة آس المستحقة عليك عن طريق القرض ؟
Centum sestertios quos mutuos tibi debi dari spondes?

? هل تعد باعطاء المائة آس الى يتعن على تيتيوس الوفاء بها لى ؟ Centum sestertios quos L. Titius mihi debet dari spondes?

ـ هل تعد باعطائي الماثة آس التي تعهد سيوس بها لك ؟

Centum sestertios quos C, Seius a te stipulatus est mihi dan spondes?

وسوف نناقش مدى صحة هذا الرأى فيا بعد .

ويسرى التجديد على كل أنواع الالتزامات ، عدا تلك الناشة عن الجرعة. وبجوز أن يكون الالتزام الأول ناقصاً وحتى طبيعياً .كما مجوز تجديد الالتزام الناشيء عن الوصية ببعض المال في صورة الأمر والالزام الأول مسيحاً لكي يتحقق التجديد .

وفيا يتعلق بنشأة الالتزام الجديد Nova obligatio فانه يتولد عن التعهد الرسمى كما سبق القول. ولايهم ما إذاكان من الممكن أن يشل عن طريق الدفع (۲۲) لو قام القاصر مثلا بابرام تعهد رسمى ليحل محل المدين القدم

⁽٢٢) أنظر بولس في الموسوعة : ٤٦ ، ٣ ، ٩١ .

expromissio ، يدون اذن الوصى sine tutoris anctoritate محالفاً بذلك قرار مجلس الشيوخ المقلوني (۲۳) ، أو أبرمت امرأة تعهداً رسمياً تلترم فيه بالوفاء بدين الغبر intercessio على نقيض قرار مجلس الشيوخ الفيليي spes debitum iri محرد أمل إذا لم يكن يوجد سوى مجردأمل spes debitum iri كما هو الشأن في الالتزام المعلق على شرط ، إنان التجديد لا يتحقق الا عند تحقق الشرط .

ولقد كان الفقيه سرفيوس سيلبيسيوس أقل تشدداً: فكان يكتفى ، لا نقضاء الالنزام الأول ، بتعهد رسمى صحيح من حيث الشكل ، حتى ولو لم يكن الالنزام تاماً (النزام معلق على شرط) أو كان باطلا (استبدال المدين expromissio الذى يتم بواسطة عبد). ولم يكتب لهذا الرأى الغلبة (۲۵).

والسوال الآن هو: هل يمكن أن يتحقق التجديد عن طريق عمل قانونى آخر غير التعهد الرحمي stipulatio ، مثل العقد الكتابي المسمى Nomen transscripticium ، أو مشارطة التجديد Constitutum والاشهاد على الحصومة Ititis contestatio .

Nomen transscripticium المحتافي المسمى Nomen transscripticium أو expensilatio) ، من المعلوم أن رب الأسرة الرومانى اعتاد ، منذ بهاية العصر الجمهورى ، على كتابة تصرفاته . فكان يقوم بمسك دفتر حساب

⁽٢٣) أنظر بمبيئيوس في الموسومة : ١٤ ، ٢ ، ٢٠ .

⁽٢٤) أنظر أولبيانوس في الموسومة : ١٦ ، ١ ، ٨ ، ١١.

⁽۲۵) نظم جايوس : ۳ ، ۱۷۹ .

⁽۲۱) أنظر كلمايتملق بموضوع العقودالكتابية contractus Litteris بصغة مامة ، والعقد الكتابي المسمى expensilatio في مؤلفنا و موجز نظرية الالتزام في القانون الروماني . . ١٩٦٥ – ١٩٦٥ ، ص ٢٤ رما بعدها .

يثبت فيه الحالة المالية للأسرة ، بييان كل العمليات القانونية التي يباشرها والتي توثر في الجانب الايجابي أو السلبي للمته المالية . ذلك أنه كان يقيد ملخصاً لهله العمليات كل يوم في دفتر يعرف باسم adversaria أي دفعر الومية :

وفي بهاية كل شهر ، كان يقوم بنقل العمليات القانونية المختلفة التي أجراها طيلة الشهر والتي دوبها في دفتر اليومية ، فها يسمى بدفتر الخزانة Codex accepti et expensi . وكان عبارة عن مجموعة من الصفحات التي تقسم كل منها إلى عودين متقابلين أحدهما للايراد accepta يقيد فيه المبالغ التي تدخل ذمة رب الأسرة ، والآخر للمنصرف expensa يقيد فيه المبالغ التي تخرج من ذمته ، ومنه اشتقت كلمة expensa التي تطلق على العقد الكتابي موضوع البحث .

وَكَانَ هَنَاكُ نُوعَانَ مِنَ القيودِ الوارِدَةُ في دفتر الخزانة :

النوع الأول ، وهو المعروف باسم nomina arearia أى بيانات الحزانة . وهو يقتصر على بيان العمليات التي تمت فعلا مثال ذلك : "استلمت مائة آس من تبتيوس " ، أو " أعطيت مائة آس إلى تبتيوس بمقتضى عقد البيع " فهو لا يتعلق بعمليات منشئة للالنزام ، بل يقتصر على مجرد اثبات التزامات لا تنشأ عن القيد الوارد بالدفتر بل ترجع إلى مصادر أخرى .

والنوع الثانى المسمى nomina transscripticia ، وهو اللدى تنولد عنه الالترامات . فهو يتعلق بمجموعة من الأحوال التي تنشأ فها الترامات عن العبارات المدونة nomina transscripticia أى الترامات كتابية . ويقتصر أثر الكتابة في هذه الأحوال على مجرد استبدال الترام بآخر . فهى لا تنشىء الالترامات بداءة ، أى الترامات لم تكن موجودة من قبل من قبل منه الله المداث استبدال في الالترام القائم فعلا بتغير صفته .

وهذا النوع الثانى من القيود هو الذى يهمنا فى مجال التجديد . وله صورتان :

وتسمى الصورة الأولى transscriptio a persona in personam أى النقل من شخص إلى شخص . فهى عبارة عن تغيير فى أشخاص العملية القانونية ، وذلك باستبدال الدائن أو المدين . فلو فرض أن الأمر يتعلق بتجديد الدين بتغيير شخص الدائن ، ومثال ذلك : أن رب الأسرة أأ دائن لشخص "ب عاثة آس ، وأن "ب دائن بلوره لشخص آخر " بغض القيمة . وجد الرومان فى هذه الحالة أنه بمكن تفادى حركة غير مفيدة المنقود ، وذلك بالالتجاء إلى عمل قانونى يعرف فى الوقت الحاضر باسم الانبة . وعلى ذلك فان "ب ، وهو مدين "أ ودائن "ج يصدر أمرأ إلا نابة . وعلى ذلك فان "ب ، وهو مدين "أ ودائن "ج يصدر أمرأ المانب لديه "أ وهو المنب الى دائنة "أ . وجرد تدوين عبارة فى دفر وهو المنب ، إلى انعقاد المقد الكتابى . فاذا ما رصد رب الأسرة "أ فى عامود يودى إلى انعقاد المقد الكتابى . فاذا ما رصد رب الأسرة "أ فى عامود الإيراد accepta بدفتر حسابه ، المبلغ على أنه قد دفعه اليه مدينه "ب وهذا قد صورى جدف إلى ابراء ذمة "ب من الدين) ، ثم رصد فى عامود (هذا قيد صورى جدف إلى ابراء ذمة "ب من الدين) ، ثم رصد فى عامود المنصر عبدف إلى ابراء ذمة "ب من الدين) ، ثم رصد فى عامود المنصر ف عدمود عبدف إلى ابراء ذمة "ب من الدين) ، ثم رصد فى عامود المناس في المناس في المدين علينه ، وهو " بالدان مدينه ، وهو " بالدين عاد دفعه الله مدينه " بالمناس في المناس في المدين عدينه ، وهو " بالدين عالم في المناس في المدين عائم المدين عادن فات عرد هذا القيد الكتابى مجمل " جامدينا لرب الأصرة "أ بدلامن مدينه " بالمناس في المناس في

ولا شك أن كلا من الطرفين الآخرين ، وهما "ب" و "ج" يثبت بدوره في دفتر الطرف الأول "أ . في دفتر حسابه عبارات مقابلة للعبارات الواردة في دفتر الطرف الأول "أ . وهكذا عن طريق الكتابة ، ينشأ عقد كتابي ، ويتولد عنه الترامات . وتتغير الملاقات القانونية الموجودة من قبل ، مادام أن التراماً ينقضي ، وهو الالترام الموجود في ذمة الطرف الثاني "ب" وأن التراماً آخر ينشأ في ذمة الطرف الثالث "ج" المذي يعسح مديناً للطرف الأول "أ" .

هذا عن الصورة الأولى للعقد الكتابى المسهاة ﴿ النقل من شخص إلى شخص "Nomina transscripticia a persona in personam" أما بالنسبة للصورة الثانية له والمسبأة و نقل الأداء المتعاقدين ، لا في شخص المتعاقدين ، بل في العلاقة القانونية . فتحول إلى النزام كتابي النزاماً موجود آمن قبل ، ولى العلاقة القانونية . فتحول إلى النزام كتابي النزاماً موجود آمن قبل ، ولكن كانت له طبيعة أخرى . فلو فرض مثلا أن الطرف الثاني يلتزم بمقتضي عبد البيع بدفع الثان . وهذا الالزام يعتبر من النزامات حسن النية ، لأن البيع من عقود حسن النية . ورغبة في اضفاء المزيد من الضهانات على دينه ، فان الطرف الأول يسمى إلى أن يكون دائناً بمقتضي عقد من عقود القانون الفيس . ومما لا شك فيه أنه يستطيع أن يلجأ ، في سبيل ذلك ، إلى التمهد الرسمى ، حيث أن احدى الحالات التي يستخدم فها هذا التصرف القانوني هي ، كما سبق أن بينا ، ادخال الزام موجود من قبل في عداد الزامات كا لو بين المنهن قي الامكان دائماً ، كما لو لم يوجد الطرفان في نفس المكان ، ولا يستطيع أحدهما أن يقابل كا ولا يستطيع أحدهما أن يقابل كا ودر عائد كاعدة عامة .

ومن ثم يتمن الالتجاء إلى الوسيلة التي يقدمها العقد الكتابى ، وهي الكتابة في الدفتر . فيكتب الطرف الأول في عامود الايراد من دفتر الخزانة :

* المدفوع من الطرف الثاني مائة بمقتضى البيع centum a secundo . وهذا قيد صورى ما دام أنه لم يقبض المائة آس حقيقة . ولكن يترتب عليه انقضاء الدين الموجود في ذمة الطرف الثاني بسبب البيع . ثم أنه لكي ينشىء الطرف الأول النراماً كتابياً نتيجةالقيد، فانه يكتب في عامود المنصرف (المدفوع إلى الطرف الثاني مائة

expensum a secundo centum

وهكذا يجد الطرف الثانى ذمته مبرأة من الالترام الناشىء عن عقد البيع، وهو من النرامات حسن النية ، ولكن يقع على عانقه النرام آخر تولد من الكتابة فى الدفتر وحل محل الالنرام القدم ، وهومن النرامات القانون الضيق. وغيى عن البيان أن الطرف الثانى يقوم من ناحيته بالاشارة في خانة الايراد من دفتره أنه تسلم مائة آس من الطرف الأول : acceptum a . بعد كتابته في خانة المنصرف هو أيضاً أنه دفع مائة إلى الطرف الأول بسبب البيع . وهذا القيد بدوره صورى ، ولكن عقابلته بقيد الدائن ينقضي الالترام الناشيء عن عقد البيع .

ويبين من كل ما تقدم أن العقد الكتابى المسمى ticium ويبين من كل ما تقدم أن العقد نفس الآثار الى يرتبها التجديد ويودى إلى نفس النتيجة . بيد أنه لا عمل تجديداً novatio بالمعيى الدقيق (٢٧) لأنه ليس له خصائصه أو هيكله الفي ، وسيان في ذلك ثم العقد الكتابي في صورة النقل من شخص في صورة النقل من شخص إلى شخص a persona in personam و هذا مفهوم مادام أن العقد الكتابي المذكور كان وليد حياة عملية سابقة على النظام الذي اتخذه التجديد في العصر العلمي . ففي تقديرنا إذن أن التجديد الروماني كان لا يتحقق الاعن طريق التعهد الرسمي (٢٨) .

٧ – (ب) ويخصوص مشارطة التجديد pactum de pocunia constitutm، فأمها كانت تدخل في عداد الاتفاقات الريتورية ، وهي الاتفاقات الى هاها الريتوريدي و العربي و العربي و العربي .

٠ (٢٧) أنظر :

P. Gide, Etudes sur la novation et le transport des creances, p. 216.

E. Cuq, manuel des institutions juridiques des Romains, p. 616.

⁽۲۸) نظر جايوس : ۲ ، ۱۷۲ وما يعلما .

 ⁽۲۹) أنظر تفصيل هذا المرضوع في مؤلفنا : موجز نظرية الالزام في القانون الروماني
 سور ۱۸۹ وما يعدها .

ولقد كانت هذه المشارطة فى الأصل عبارة عن اتفاق يلترم ممتضاة أحد الأفراد بالوفاء بدين موجود فى ذمته عند أجل ممن . فهى لا تنشىء بداءة ومد مسابق علمها . وجود الترام سابق علمها . وهى تؤدى إلى جعل هذا الالترام أكثر حرفية فى التنفيذ بسبب تحديد أجل الوفاء به . ولقد تقررت لهذه المشارطة دعوى واقعية منذ مهاية الجمهورية .

وكانت وظيفة مشارطة التجديد تختلف محسب ما إذا كانت تنعقد بن الدائن والمدين ، أو تتم مع شخص لم يكن طرفاً فى الالترام الأول .

ويطلق على الصورة الأولى اسم الاقراربالدين. وهي كانت عثابة وسيلة لمنح المدين أجلا للوفاء. وكان يمكن استخدامها أيضاً كأداة التجديد، وهدا مشابه بعض الشيء لما سبق أن رأيناه في مجال العقد الكتابي transscriptio a re in personam فكان من المستطاع تزويد الالتزام الناقص مثلا (الالتزام الطبيعي) بدعوى ناشئة عن تلك المشارطة. فلقد حدث تطور في هذا المجال ، وأصبح من الممكن عن طريقها أن يتحول التزام طبيعي مفتقر إلى جزاء إلى التزام مدنى ، وأن يتحول التزام مبي على حسن النية إلى التزام يدخل في عداد التزامات التانون الضيق ، تماماً كما هو الشأن في المقد الكتابي .

وتعرف الصورة الثانية باسم الحالة بدين الغبر . ولها وظيفتان متمرتان : فمن ناحية ، بمكن بموجها تغييز شخص المدين ، أى اجراء تجديد باستبدال المدين . فالشخص الذي يعقد مشارطة التجديد يبرىء ذمة المدين القدم .

ومن ناحية أخرى ، فان المشارطة بمكن أن تنعقد مع أحد الأغيار بقصد ضم ذمته إلى ذمة المدين الأصلى زيادة فى ضمان تنفيذ الالتزام ، وتحقيق ما يسمى بالكفالة .

. . . وكما هو واضخ بمما سبق ، فان مشارطة التجديد: constitutum . كان

من الممكن أن تحقق بعض النتائج التي يرمى المها التجديد الروماني novatio . expensilatio . expensilatio فالأمر لا يتعلق بنظام التجديد بمفهومه الفي الدقيق ، الذي يتطلب شروطاً معينة لا تتوافر في هذه المشارطة .

٧ - (ج) وبالنسبة للاشهاد على الحصومة التحوى المنحوى ، فهو العمل الاجرائى الذي كانت تحتم به المرحلة الأولى من مرحلي الدعوى ، ويخضع بمقتضاه الطرفان المتنازعان لحكم القاضى iudex : ففي ظل نظام دعاوى القانون ، كان المتنازعان في خصومة قضائية بحضران أمام البريتور ، الذي يقوم بسياع ادعاءاتهما وفقاً لألفاظ محددة ، واجراءات وطقوس مقررة من قبل القانون . ثم يطلب منهما اختيار قاض. وأخيرا يشهد الحاضرين على اتفيار القاضى الذي سيفصل في الذراع ، وهذا هو ما يعرف باسم الاشهاد على الحصومة . وتحتم بلك المرحلة الأولى للدعوى المساة اسماة أي المرحلة الي تم أمام البريتور .

وغنى عن البيان أن المرحلة الثانية تثم أمام القاضى ، ولذلك تسمى apud judicem . وتثني بصدور الحكم بعد أن يستمع القاضى لحجج كل من المتخاصمين .

ولقد استبدل قانون ايبوتيا Lex Aebutia وقانون جوليا actiones per formulas ونظام المرافعات الكتابية أو دعاوى البرنامج المتافعوس والاجراءات بنظام دعاوى القانون . وهو يعفى المتقاضين من أداء الطقوس والاجراءات الشكلية ، ومن التقيد بألفاظ رسمية محددة . فالبريتور يصوغ ادعاءاتهما ، بعبارات عادية ، في برنامج برسله لقاضى . ويلاحظ مع ذلك ، أن الدعوى مازالت تمر بالمرحلتين السائفتي اللكر .

وبمقارنة التجديد بالاشهاد على الخصومة ، فانه يقال أن هناك نوعاً من التشابه بينهما . ذلك أنه باقامة الدعوى المتضمنة للحق المدعى به، أى بصبه فى الصيغة القضائية ، فان الدائن مجدده ، تماماً كما محدث عندما يصب هذا الحق فى صيغة التعهد . فالاشهاد على الخصومة يودى بالتالى إلى استبدال علاقة جديدة بأخرى تنقضى . ولقد اعتبره جايوس من بين طرق انقضاء الالترام (٣٠) .

وفي ظل نظام دعاوى البرنامج ، فان كل الترام أيا كانت طبيعته ، إذا ما أثير حوله خصومة قضائية ، يؤدى إلى الحكم عبلغ من النقود . فضمون الالترام اللي يتولد عن الاشهاد على الحصومة إذن واحد دائماً ، وهو ينشأ بالضرورة . ورعا يرجع إلى هذا سبب حديث الشراح في هذه الحالة عن وجود تجديد ضرورى أو قانوني . ويقصد بأن الاشهاد على الحصومة ضرورى أو قانوني ، أن مضمون الالترام الناشيء عنه الحصومة ضرورى أو قانوني ، أن مضمون الالترام الناشيء عنه القانون ، ومستقل في ذلك عن تحديد الطرفة . واحدة تمقتضي على الحصومة عدث دائماً ، كما سبق أن بينا ، نتيجة للاتفاق الحر بن الطرفة .

وفى تقديرنا أن تشبيه التبجد بالاشهاد على الحصومة لا يستند إلى أساس سليم . ذلك أنه يتمين ، بالنسبة للاشهاد على الحصومة ، التنويه عن الشيء المستحق ذاته . فذكر شيء آخر aliud يودى إلى البطلان ، كما أن المطالبة بأكثر من المستحق plus petitio تودى إلى اعتبار الدعوى مبالغاً فها plus petitio وهذا على خلاف التجديد الذي يعتبر المنصر الجديد المنا من ين شروطه الأساسية كما سيلى . فمجرد تكرار مضمون التعمد الأول في التعهد الثانى دون ادخال أى تعديل لا يترتب عليه انقضاء الالترام الأول بل يطلان التعهد الثانى .

ومن ناحية أخرى ، فانه يتعين صدور الحكم في مواجهة أطراف

[.] ۱۸۰ ، ۴ : بنظم جايوس : ۳ ، ۱۸۰ .

العلاقة الالزامية الأصلية ذاتهم (باستثناء حالات النيابة) . أما التجديد فانه عكن أن يتم بتغيير الطرفت .

ثم أنه توجد بالضرورة في كل دعوى قضائية علاقة ما بين الرابطة الأصلية والتصرف القانوني أو الواقعة القانونية التي تستخدم كأساس للدعوى الأصلية والتصرف القانونية التي تستخدم كأساس للدعوى بمقتضى البيع exvendito . وهذا غلاف التجديد الذي يسمح ، عن طريق التعدد الرسمي باستبدال translatio الترام سابق prior obligatio يمكن طبيعته غاية في التنوع .

وأخيراً ، فانه ما كان يترتب على الاشهاد على الحصومة سقوط الضانات التي كانت تكفل الالترام . فلقد كان الفقه عيل إلى تجنب كل ما يودى إلى التغيير من الوضع الاقتصادى للطرفين المتخاصمين عند بدء الحصومة القضائية . ومن ثم يبقى الرهن ، والامتيازات المقررة Privilegia ، والالترام بدفع الفوائد . وهذا مخلاف التجديد الذي يودى إلى وزوال هيم التأمينات المينية والشخصية ، وتتوقف القوائد عن السريان (٣١) .

ولا شك أن جايوس قد أصاب بتمييزه ما بين التجديد والاشهاد على الحصومة ، رغم أنه يتكلم عن الاشهاد على الحصومة فور انهائهمن التجديد. ذلك أن كلا مهما عمل نظاماً عتلفاً ، كما ذكرنا

هذا ومن الجدير بالذكر أن الاشهاد على الخصومة ، باعتباره حملا اجرائياً مشكلياً ، قد فقد ، في قانون حستينيان ، كل طابع انقضائي أو استبدالي للملاقة المعروضة أمام القضاء ولم يعد يعتبر من بين أسباب انقضاء الالترام tollitur obligatio ، كما هو موضح في كتاب النظم لجستينيان (٣٢). وأصبح مجرد لحظة في اللحوى .

⁽٣١) الموسوعة : ٢١، ١١، ٢٠؛ ٢١، ١٨،

⁽٣٢) نظم جستينيان : ٢٩ ، ٢٩ .

الشرط الثانى : وحدة الدين idem debitum .

يجب أن يكون محل الالتزام القدم والالتزام الجليد موحداً. فالتجديد الرومانى ، محسب تعريفه ، هو نقل translatio محل التزام سابق إلى التزام آخر ، أو تحويل transfusio دين قديم إلى دين جديد (٣٣) . فيتعين إذن أن يكون موضوع التعهد الرسمى هو الدين القديم dem debitum .

وتوجد هنا عمة أخرى يتمنز بها التجديد في القانون الروماني في العصر العلمي ، عن التجديد في القانون الحديث . فلا يمكن أن نجرى تجديداً رومانياً عن طريق تغير المحل ، كما لو تعهد أحد الأفراد للطرف الثاني Secundus بناء على أمر الطرف الأول Primus يحقى الانتفاع الذي سبق أن تعهد به لهذا الأخير . ذلك أنه يوجد هنا حقان مختلفان للغاية ، برغم أتهما من نفس الطبيعة وبرغم أتهما يردان على قطعة أرض واحدة . فاحدها أتهما من نفس الطبيعة وبرغم أتهما يردان على قطعة أرض واحدة . فاحدها الطرف الأول Primus ، بينا ينقضي عاد وفاة الطرف الأول Primus ، بينا ينقضي الآخر بوفاة الطرف الثاني .

ومع ذلك ، فلقد حمى القانون الديتورى التجديد بتغير الحل ، وذلك عن طريق الدفع بالاتفاق مدود ومدود ومدود ومدود ومدا الدرجة كبيرة من التشدد في نهاية العصر العلمي . إذ يمكن ، وفقاً لرأى بابينيانوس (٣٤) ، اجراء التجديد بواسطة التعهد بالقيمة المالية للالتزام القديم quanti fundus est وهذا الاستحداث لا يتسم بالعمق الكبير ، مادام أنه في ظل نظام دعاوى البرنامج actiones per formulas ، كما سبق القول ، كان كل التزام

⁽٣٣) أنظر بمبوثيوس : الموسومة : ٤٦ : ٢ ، ١ أولبيانوس : الموسومة : ٤٦ ، ٢ · ٤ .

⁽٣٤) بابينيانوس : الموسوعة : ٢٩ ، ٩ ، ٥ ، ٢٨ .

كان كل النزام يودى إلى حكم مالى . فبابينيانوس يرخص للطرفين بأن بجريا مقدماً ما كان سيجريه القاضي لو كانت هناك دعوى .

وفى قانون جستنيان ، أعترف بالتجديد بتغيير محل الدين فى حالات معينة (٣٥) .

4 - الشرط الثالث : المنصر الجديد Aliquid novi

يعتبر العنصر الجديد الذي يتضمنه الالترام الثانى أحد الشروط الرئيسية التجديد الرومانى . فالقانون الرومانى فى العصر العلمي كان يتطلب أن يتضمن التعهد التجديدى فى ذاته عنصراً جديداً . ومكن أن يتعلق هذا العنصر بأشخاص الالترام القدم أو مضمونه . ويتحدث فى الحالة الأولى عن التجديد الشخصى ، بيها يطلق على الفرض الثانى اسم التجديد المرضوعى .

10 — (أ) ويقصد بالتجديد الشخصى ، استبدال شخص بآخر. ويمكن أن يكون اليجابياً أو سلبياً ، بحسب ما إذا كان المستبدل هو الدائن أو المدين. ويكون التجديد في الصورة الأولى احدى وسائل تحقيق الانابة موافقة الايجابية delegatio crediti. ويستلزم هذا النوع من الانابة موافقة الدائن الأول. وبتغير آخر ، فان الدائن القديم يوافق على أن مدينه يتعهد في مواجهة دائن جديد. وكانت هذه الطريقة تستخدم في سبيل اجراء حوالة الحق .

أما التجديد فى الصورة الثانية ، وهى صورة تغيير المدين ، فمن أمثلتها التي أوردتها النصوص :

هل تعد باعطائي ما هو في ذمة الطرف الأول لي ؟

Quod primus mihi debet, mihi dari spondes ?

وهي وان كانت ثمّ عادة بناء على طلب المدين الأول ، فانها لا تتطلب

⁽۴۵) مجموعة دساتير جستينيان : ۸ ، ۱۹ ، ۸ .

موافقته بالضرورة . فيمكن أن تنشأ بدون علمه ، بل وضد رغبته (٣٦) . ded فرض أن الطرف الأول Primus مدين الطرف الثانى بناء على ويقوم طرف ثالث Tertius بالتعهد بنفس اللدين الطرف الثانى بناء على دعوة Jussus الطرف الأول ، فان التجديد هنا يكون احدى وسائل تحقيق ما يسمى بالانابة السلبية delegatio debiti . و عكن أيضاً أن يتعهد المدين الجديد مكان المدين القديم بدون دعوته Jussus ، وترأ ذمته بالتالى حتى إذا لم يبد موافقته على ذلك . ويقول الشراح أننا في هذا الفرض بصدد ما يسمى بالتعهد بالوفاء أواستبدال المدين بسمونه بالروس بصدد ما يسمى بالتعهد بالوفاء أواستبدال المدين بالمدين المدين بالمدين المدين المدين المدين بالمدين المدين المدين بالمدين المدين بالمدين المدين المدين بالمدين المدين المدي

١١ – وهناك أوجه شبه ما بن الانابة السلبية وبعض النظم الرومانية الأخرى ، ومها التضامن السلبي . ولذلك فانه يلجأ إلى الوسائل التفسرية المتنوعة للتميز بيها . فن المعلوم أن التضامن السلبي يمكن أن ينشأ في القانون الروماني بطرق ثلاث على النحو التالى :

(أ) "يامافيوس ، هل تعد باعطاء أرض كورنيليا ؟ "Maevi, fundun C. dari spondes?

فيجيب مافيوس: ^قنعم أعد spondeo . ثم يوجه طالب التعهد نفس السوال إلى سيوس ، قائلا: ^شياسيوس ، هل تعد باعطاء أرض كورنيليا هذه ؟

"Sei, eundem fundum C. dari spondes ?

فيجيب سيوس : "نعم أعد spondeo . ويلاحظ ، كما يقول كتاب النظم لجستينيان (٣٨) ، أن كلا منهما بجيب على انفراد duo rei separatim respondent

⁽٣٦) أولبيانوس في الموسوحة : ١٦ ، ١ ، ٨ ، ه .

⁽۳۷) أن لفظ expromittere لايمترى مل آية دلالة فنية . أنظر أو لبيانوس في المرسومة : ۳۹ ، م ، ۱۹ ، ی ، ۱۹ ، ۸ ، ۸ .

⁽٣٨) نظم جستينيان : ٣ ، ١٩ ، فاتحة .

(س) "يامافيوس وياسيوس ، هل تعدان باعطاء أرض كورنيليا ؟"

فيجيب مافيوس وسيوس معاً : "نعد spondemus . فهنا ، فهنا ، فل في في المتعلق أو أليبانوس (٣٩)، مجيب المتعلد ان معاً spondent .

(ح) "يامافيوس وياسيوس ، هل تعدان باعطاء أرض كو نيليا ؟ "Maevi et Sei, fundum. C. dari spondetis ?

وهذه صيغة مختلطة يشير البها بمبونيوس (٤٠) .

ولا شك أن هناك بعض البائل بن هذه الصبغ ، والصبغ الحاصة بالتجديد . ومحاول فريق من الشراح التميز بينهما على أساس أن التعهد التجديدى معنون ، كما في المثال الآتي :

"هل تعد باعطاء قطعة الأزض ، التي يتعنن على تيتيوس اعطارها لى ؟ "Fundum, quem mihi Titius debet, dari spondes ?

ولكن أساس التميز هذا ليس سليا في تقديرنا . ذلك أن المدين الجديد يظل ملتزماً بصرف النظر عما إذا كان الالتزام الأول موجوداً أو صحيحاً . ومن ثم فإنالعنوان مكن أن يكون مجرد بيان خاطى Falsa demonstratio. هذا ويعتمد أولبيانوس في التميز بينهما على أساس ما يرمى اليه الطرفان.

"in duobus reis promittendi frusta timetur novatio..., cun hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur."

⁽٣٩) الموسوعة : ٥٤ ، ٣ ، ٣ فاتحة .

[&]quot;parvi refert, simul spondeant an separatim promittant"

⁽٠٤) ألموسومة : ٥٤، ٢ ، ٤ .

ومن ناحية أخرى ، فانه يمكن الاهتداء بدلالات خارجية ، ترجح افتراض التضامن وليس التجديد : فالتضامن ينشأ عن تعهدات تتابع عادة فوراً (٤١) . بينها التجديد يتم ، كقاعدة عامة ، بعد مضى فترة من الوقت على انشاء الالترام الأول Prior obligatio . إذ قلما محدث أن يراد تغيير المدين فور ابرام التعهد الأول stipulatio . فالأمر يتعلق بدلالات يمكن استقاؤها من الحبرة وواقع الحياة العملية ، قد تساعد المفسر على تكييف الحالة التي أمامه .

١٢ ــ وهناك أوجه شبه أيضاً بخصوص ما يعرف باسم الالترامات بالضهان . غير أن صعوبة التفرقة ترداد هنا ، نتيجة لأنه من الممكن أن تنشأ بدورها بعد فترة طويلة من نشأة الالنزام الأصلى (٤٢) .

وهذه حالة نختلفة تستحق الوقوف عندها ، وتحليلها على ضوء نص الموسوعة : ۲ ، ۲ ، ۸ ، ۵ :

"Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet, si hoc actum est (tr) quid enim interest, ipsa an alius quilibet promittat?"

يقول أولبيانوس (إذا قام الزوج ، بعد أن تعهد له الغير بتقدم دوطة ، بابرام تعهد رسمى مع الزوجة على سبيل الدوطة ، فان الدوطة لا تضاعف ؛ بل يتحقق التجديد ، إذا كان ذلك هو نية الطرفين : لأنه ما هو الفارق بعن ما إذا قامت هي نفسها أو الغير بالتعهد ؟"

واضح أن هذا النص يعالج فرضاً مؤداه أن الزوج يشترط على الغير بتقديم الدوطة ؛ ثم تقوم الزوجة بعد ذلك بالتعهد للزوج بنفس الشيء

⁽١٤) الموسومة : ه؛ ، ٢ ، ٢ ، ٣ وأنظو أيضاً :

Albertario, Le obbligazioni solidali (corso di diritto romano) Milano, 1948, 40.

Frezza, Animys novandi, 234. أنظر (٤٢)

⁽٤٣) والكلمات "gi hoc actum est" أضيفت من قبل واضعي الموسوعة .

على سبيل اللوطة . وكما يستنتج من باق النص ، فان الزوج لم يطالب المدين الأول بالوفاء . ويشر أوليانوس إلى الحل المقبول placet ، وهو المويد للتجديد . ويعرض الأساس الذي يرتكز عليه وهو : أن اللوطة بمكن أن تنشأ عن طريق الزوجة أو الغر . فيتعين اعتبار تدخل الزوجة بماثلا لتدخل الغير . ولذلك فانه بجب استبعاد الجمع بين التعهدين . ولا يذكر النص محل الدوطة ، هل هو spocies أو quantitas ومن ثم فانه يتعين الاعتقاد بأن الأمر لم يكن نختلف على أي حال . وعدم الاختلاف على سبيل الدوطة التعهد الثاني يذكر سبب العقد : التعهد الزوج على سبيل الدوطة dotis causa maritus stipulatur . فتخصيص على اسبيل الدوطة) ، يودي الوظيفة التي يقوم بها التعهد الرسمي (ابرامه على سبيل الدوطة) ، يودي الى افراض أنه يراد احلاله محل التعهد الأول (الذي كان له نفس السبب). إذ لا محدث عادة أن يستقضى لنفس السبب مرتبن ، مهما كاي محل التعهد: الرسمي عكن نه التجديد لا قرينة التعدد . الرسمي عكن فيها تبرير التعدد . وهذه القرينة تنتصر حتى بالنسبة للحالات التي مكن فيها تبرير التعدد .

ولا يتفق هذا الحل مع ما جرى عليه العمل فى الامراطورية الرومانية الشرقية ، ولا مع اصلاح جستينيان ، فهما غير محبلين لتتجديد كما سرى بالتفصيل فيا بعد . وهو ليس معروفا اللهم الا عن طريق النص محل البحث . وهو ليس معروفا اللهم الا عن طريق النص موجز للفاية . ورغم هذا الامجاز ، فاننا نستنج منه وجود نقطة محل خلاف . فالحل اللدى يفضله على أساس إعمال الوسائل التفسرية ، يعنى النفى الضمني لامكانية الاهتداء إلى الحل على أساس مجرد الوقائم الشكلية ، وضرورة الاستعانة بنية المتعاقدين كما سنوضحة فها بعد .

۱۳ — (ب) أما التجديد الموضوعي ، فيتحقق اما بسبب أن الالترام الأول Prior obligatio ، الذي له مصدر مختلف عن التعهد الرسمي ،

يتحول إلى النّرام ناشئ عن التعهد الرسمى obligatio ex stipulatione

واما لأن النرام الشئا عن التعهد الرسمى يتضمنه تعهد رسمى آخر . ويتعين القول بأن هذه الفكرة كانت تنقل بأمانة النظام الروماني . ففي الفرض الأول ، يمكن أن يكون الأداء نفس الشيء ، ويكن العنصر الجديد في تغير مصدر الالتزام (٤٤) . كما لو حولنا الزاما من الترامات حسن النية ، مثل الالتزام المتولد عن عقد البيع ، أو الزاما ناشئاً عن جريمة ، أو عن وصية ، أو بجرد التزام طبيعي ، إلى الترام لفظى verbis متولد عن التعهد الرسمى . فن أمثلته :

"هل تعد باعطائي المائة المستحقة لي في ذمتك تمقتضي الشراء ؟ "Centum, quae nihi ex empto debes, dari spondes ?

و يخصوص الفرض الثانى ، فان الأداء بجب أن يتغير فى أحد عناصره على الأقل . وتضمن كتاب النظم لجايوس (٤٥) ، الذي يعبر كما هو معلوم عن النظم القانونية الى كانت سائلة فى ظل الامبراطورية ، قائمة بحالات التغيير الممكنة . كما وردت فى مؤلف تيوفيلوس (٤٦) الأستاذ بمدرسة الفسطنطينية ، وفى الدستور الذي تضمن اصلاح جستينيان (٤٧) ، وفى نظمه (٨٤)

⁽٤٤) وأمثلة هذا الفرض شائمة في النصوص ، أنظر :

۱۷۷ – ۱۷۹ ، ۳ ، ۱۷۷ – ۱۷۷ ، ۱۷۷ – ۱۷۷ ، ۱۷۷ .

⁽٤٦) تيوفيلوس : ٣ : ٢٩ : ٣ .

^{. (}٤٧) مجموعة النساتير : ٨ ، ١ ؛ ، ٨ فانحة .

⁽٤٨) نظم جستينيان : ٣ ، ٢٩ ، ٣ .

فوفقاً لما جاء فى كتابى النظم لجايوس وجستينان ، يمكن أن يكون العنصر الجديد aliquid novi عبارة عن وصف من أوصاف الالتزام يضاف أو يحذف ، مثل الشرط condicio أو الأجل dies ، أو اضافة كفالة أو حذفها (٤٩) .

ويضيف تيوفيلوس إلى ذلك حالة ادخال زيادة فى مقدار الأداء المستحق، ولكنه لا يقبل التجديد فى حالة النقصان . هذا بيئما يذكر جستينيان أنه من الممكن تحقق التجديد فى حالة النقصان . ونستخلص من ذلك أنه كانت توجد بعض الاختلافات فى الرأى حول بعض النقاط .

ومن جهة أخرى ، فانه بجب أن ندخل فى القائمة ما يسمى بالتعهد الأكويل stipulatio Aquiliana . وهو يسمى كللك نسبة إلى الفقيه أكويليوس جالوس اللى ابتدعه . فهذا التعهد يستبدل مجميع الديون الموجودة بين شخصين أيا كانت طبيعها ، القيمة النقدية لها . ولذلك فانه محقق التجديد دائماً (٥٠) .

١٤ و يمكن أن يتحقق التجديد المرضوعي عن طريق تعهد سمى معنون أو غير معنون . و نقصد بكون التعهد الرسمي معنوناً أن يتضمن اشارة إلى الملاقة الالترامية السابقة . فلو فرض أن هناك التراماً باعطاء قطعة الأرض كورنيلا Fundum cornelianum dare ، فان تعهد التجديد غير المعنون تكون صهفته :

⁽٤٩) مع وضع التحفظات التي عرضها جايوس في كتابه النظم : ٣ ، ١٧٨ ، موضع الاعتبار . فهو يقول أن سألة الكفيل sponsor كانت محل خلاف .

⁽٠٠) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٠ ؛ نظم جستيليان : ٣ ، ٢٩ ، ٣ الموسوعة : ٣ ، ١٥، ٤ ، ٤، ٤ ، ٨ وأنظر أيضاً .

Fabia, Atti Verona, 3, 451; Włassak, Zeitschrift der savigny stiftung fur Rechtsgeschichte, 42, 394; Daube, novations of obligations giving a bonae fidei iudicium, in z.s.s.t,66, 1948, 119.

"هل تعد باعطاء قطعة الأرض كورنيليا ؟

"Fundum cornelianun dari spondes ?

أما التعهد المعنون فيمكن أن تكون صيغته :

١ ... "ها, تعد باعطاء ما هو مستحق عليك لي ؟

"quod mihi debes, dari spondes ?

٢ - "هل تعد باعطاء قطعة الأرض كورنيليا المستحقة عليك لى ؟ "Fundum cornelianum, quem mihi debes dari spondes?

ومثال آخر للتعهد المعنون :

"هل تعد باعطاء قطعة الأرض كورنيليا ، المستحقة عليك لى يمقتضى وصية تيتيوس ؟

"Fundum cornelianum, quem ex testamento Titii mihi debes, dari. spondes ?

ومن أمثلة التعهد الرسمى المعنون الذي يتعلق بحالة تجديد علاقة من علاقات حسن النية (٥١):

" هل تعد بالقبام باعطاء ما يجب عليك بسبب بيع أرض كورنيليا ؟
"quidquid propter venditionem fundi C. te dare Facere oprtet spondes ?

هذا ويلاحظ أنه فى كل هذه الأمثلة، فان التعهد الرسمى عبارة عن تعهد بنقل ملكية عقار معين . أما التعهد الرسمى باعطاء مبلغ من النقود ، فمن أمثلته :

«هل تعد باعطاء الماثة ، التي في ذمتك لي بمقتضى وصية تبنيوس؟ «Centum, quae ex festamento Titii mihi debes, 'dari spondes?

⁽١٥) الموسوعة : ١٨ : ١ : ١٠ ، ١٥ فاتحة ; والقد اجتذب ودرب وأنظار الباحثين على ملما الموضوع : أنظر : درب ؟ للرجم السائف اللدكر ، ص ٩ ٩ ،

وهو تعهد معنون .

ــ "هل تعد بإعطاء الماثة ؟ "Centum dari spondes?" وهو تعهد غير معنون .

10 -- ولا شك أن شرط العنصر الجديد . فلقد سبق أن رأينا اتصالا مباشراً بالشرط الأول من شروط التجديد . فلقد سبق أن رأينا أنه لم يكن من الممكن تقرير تجديد بدون تمهد رسمي صحيح . والتعهد الذي لا يتضمن شيئاً ما جديداً يكون لهذا السبب ذاته لاقيمة له . فالعنصر الجديد هو سبب التجديد وبدونه يقع التعهد باطلا ، وفقاً القاعدة التي لا تسمح بالتعهد بنفس الشيء إلى ذات الشخص مرتبن ، أو يوجد الزامان معاً مقتضي القاعدة التي قررها القانون اللاحق . فلا يكفى ، وفقاً لأحكام القانون الروماني ، أن يرغب الطرفان في التجديد ، بل يتعبن أن يكون قد قدرا عليه . وهم لا يستطيعان ذلك إلا بابرام تعهد صحيح . وهو لا يكون كذلك الا يتضمنه عنصر جديد .

فهذا الشرط من نفس طبيعة الشرط الأول . ذلك أن القانون الضيق هو الذي يتطلب شيئاً ما جديداً في هذا التعهد . ويتعبر أدق ، فإن الشرطين المذكورين مجتمعان معاً في شرط واحد ، ما دام أن التعهد الذي لا محتوى على شيء جديد يعتبر ، كما ذكرنا كما لو كان غير موجود .

١٦ - صور خالفة شرط المنصر الجديد أو شرط وحدة الدين :

ويتعين علينا الآن أن نقوم بتعميق الأفكار المتعلقة بصورة مخالفة شرط العنصر الجديد aliquid novi ، وكذلك شرط وحدة الدين ، مع بيان النصوص الرئيسية التي تقررها .

فهلمه المخالفة تتحقق اما عن طريق عدم وجود العنصر الجديد أو نتيجة لتجاوز حدوده . وتتلخص صورة عدم وجوده في أن بماثل الالتزام الثاني الإلتزام الأول تماماً . أما صورة للتجاوز فتحدث عندما يكون الإلتزام الثانى أكثر اختلافاً من المسموح به ، وتوَّدى بالتالى إلى مخالفة شرط وحدة الدين idem debitum أيضاً .

ولا تقع الحالة الأولى أبداً عند تغيير مصدر الانتزام . فهذا التغيير يستوعب فى حد ذاته شرط العنصر الجديد . فالصورة الأولى تتحقق حينها يتبع التعهد الرسمى بتعهد آخر. والنتيجة هى بطلان التعهد اثمانى لعدم فاقدته(٥): Qui bis idem promittit, amplius quam semel non lenetur وهذه الحالة لا تحدث اذن الا فى مجال ازدواج التعهد الرسمى .

أما الحالة الثانية ، فهي منظمة بطريقة عكسية . إذ أن التعهدين يظلان محميحين ، لأن لكل منهما محلا مختلفاً . مما يودي إلى تعدد الدعوى القضائية كقاعدة عامة ، ما لم تبرر الظروف انقضاء احداهما لوحدة السبب Solutio ex una causa

١٧ - وحمل هذا الوضع البريتور على التلخل فى بعض الأحيان ، لتغيير التيجة التي كانت تترتب فى الحياة العملية ، فيا لو طبقت قواعد القانون المدنى . ومن بين النصوص التي تتضمن أمثلة متنوعة لهذا التدخل ، نص الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٤ الذي يشير فيه بمبونيوس إلى حالة تعدد ترجع إلى عدم وجود نفس الدين idem debitum ، واستبعدها الريتور :

الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٤ :

"Si usus fructus debitorem meum delegavero tibi, non novabitur obligatio mea : quamvis exceptione doli vel in factum tutus debeat esse adversus me is qui delegatus fuerit, et non solum donec manet ei usus fructus cui

⁽١٥) الموسومة : ١٥ ، ١ ، ١٥ ، ١ ، ١٥ وأنظر أيضًا . Branca, "Festschr Lewald", Basilea, 1953, 21.

delegavi, sed etiam post interitum eius : videlicet quia etiam hoc incommodum sentit, si post mortem meam maneat el usus fructus. Et baec eadem dicenda sunt in qualibet obligatione personae cohaerenti".

يقول بمبونيوس :

وإذا قمت بانابة المدين لى محق الانتفاع ، في انشائه لمصلحتك ، فان ديني لا مجلد ؛ ومع ذلك فان المدين المناب محمى في مواجهتى بواسطة الله عملى أو الله على الواقع : ولا يمكني المقاضاة ، ليس فقط طالما ظل حق الانتفاع للمناب لديه ، بل وكذلك حتى بعد وفاته . ويتعن القول بنفس الشيء بالنسبة لكل الذام يرتبط بالمسخص .

يبن من هذا النص أن الدائن الذي أنشيء حتى الانتفاع لمصلحته بمقتضي تعهد رسمي ex stipulatione ، ينيب مدينه في انشاء هذا الحتى لمصلخة شخص آخر . ويقوم المدين بالتعهد لهذا الأخير . بيد أن التجديد لا يتحقق هنا بسبب تخلف شرط وحدة الدين dem debitum . ذلك أن حتى الانتفاع الذي يتعين انشاؤه لمصلحة تيتيوس ليس هو حتى الانتفاع الواجب انشاؤه لمصلحة كايوس . ومن ثم يوجد تعهدان ، كل مهما الواجب انشاؤه لمصلحة كايوس . ومن ثم يوجد تعهدان ، كل مهما عن التعهد الأول ، فأنها ترفض عن طريق استخدام الدفع بالغش عن التعهد الأول ، فأنها ترفض عن طريق استخدام الدفع بالغش فأن المناب لديه ينجح إذا ما قام برفع الدعوى . فهناك إذن انقضاء لحتى المنبب مقتضي القانون البريتوري الدعوى . فهناك إذن انقضاء لحتى بانقضاء بات لا رجعة فيه ، لأن المنيب لا يستطيع المقاضاة حتى بعد موت المناب لديه . وهكذا بتوصل في الحياة العملية إلى النتيجة التي تترتب على التجديد .

١٨ – وهناك نص آخر يستعرض حالة ازدواج ، وهو التالى :
 الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٢٨ :

"Fndum cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulor, si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat noavtio: secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur. Itaque si reus premittendi fundum solvat, secunda stipulatio iure non tollitur, nec si litem actor ex prima contestetur".

بقول بابينيانوس بعد أن أبرمت تعهد آرسمياً مشترطاً فيه قطعة الأرض كورنيليا، قمت بابرام تعهد آخر اشترط فيه القيمة النقدية لقطعة الأرض . فاذ اكان التعهد الثانى لم يعرم بنية التجديد ، فان التجديد لا يتحقق . بل يظل التعهد الثانى قائماً ؛ ويلتزم المدين بمقتضاه ليس بقطعة الأرض ، وانما بمبلغ التقود .

ولذلك فانه إذا أعطى المدين قطعة الأرض ، فان التعهد الثانى لا يزول بقوة القانون ، حتى ولو نازع المدعى ، بمقتضى التعهد الأول ، في صببه .

والرأى الشائع أن العبارة التي تحتوى على تحفظ نيه التجديد محرفة . بيد أن الفرض الذي نحن بصدده بمكن أن يتضمن التجديد حتى بدون استخدام هذه العبارة . ومن ثم فانه يبدو من الملائم دراسة النص على ضوء وجود التجديد ، وعدم وجوده .

فالفرض أن تبتيوس يبرم تعهدين رسمين يشرط في أولهما قطعة الأرض كورنيليا وفي ثانهما القيمة النقدية لقطعة الأرض ذاتها . فكل من التعهدين صحيح . ويستطيع الدائن المقاضاة مرتبن ، دون التعرض للحظر المقرر عقتضي أحكام القانون ، كا يقول النص ، والناشيء عن الوفاء solutio أو الاشهاد على الخصومة Lâtis contestatio . وعبارة « مقتضى

أحكام القانون " شائعة القهم بأنها تشير إلى انعدام الحظر بمقتضى القانون و ولكنها لاتستبعد الحظر المريتورى الذي يكن فى الدفع بالغش doli (٥٣)

ولو تصورنا في هذا الفرض أن نية التجديد موجودة لدى الطرفين المتعاقدين ، فان أساس الحل يكون على النحو التالى : إن اختلاف محل التعدين يستبعد التجديد على الرغم من وجود نية التجديد المتعديد للدى الطرفين . ومن هنا تنشأ ظاهرة الازدواج وفقاً لقواعد القانون الملين ، ولكنها تستبعد بمقتضى أحكام القانون البريتورى . فسات التجديد المريتورى متحققة .

بيد أنه يرد انتقاد خطير على هذا التدليل : ذلك أن التعهد الأكويلى بدوره stipulatio Aquiliana يستبدل بالشيء قيمته المالية ، وله مع ذلك أثر تجديدى مقتضى أحكام القانون المدنى . فكان يتعين إذن أن يتحقق أثر تجديدى في الفرض الذي أشار اليه بابينيانوس ، وفقاً للقانون المدنى نفسه . وعليه لا عكن القول بأن النص يفترض التجديد .

فلا يبقى سوى نفى نية التجديد لدى المتعاقدين . وهكذا يمكن تصور الفرض المذكور على النحو التالى : بعد أن ضمن الدائن الوفاء بقطعة الأرض كورنيليا ، فانه يرغب فى أن يضمن أيضاً الوفاء بقيمها التقدية . فهو يريد الوصول إلى التاتج التى كان يستطيع الحصول علها فى وقت متأخر عن طريق التعهد الاختيارى . فتخلف وحدة الدين idem debitum وإذواج التعهد لا يمكن أن يودى إلى التجديد الروماني طبقاً لأحكام القانون المدنى . ومع ذلك ، فان صاحب المصلحة لا يستطيع الاستيفاء الا مرة واحدة . ومن هنا ينشأ الدهم بالغش وحدود فلا عدد وحدود .

وإذا ما فهم النص على هذا النحو ، فانه يتضح أنه ، حتى بنفي تعدد

⁽٣٥) أنظر :

Lévy, Konkurrenz, 2,1, 133.

الدعوى القضائية ، فان ذلك ليس مرده التجديد المدنى . ومهما يكن من أمر فانه من المفيد ملاحظة : حذف الكلمات التى تتعلق بنية التجديد يمثل المجال الذى تستعر فيه المعركة بن الشراح .

١٩ - التغيير في مقدار الشيء السنتحق :

إذا فرض أن الدائن يبرم تعهداً رسمياً لا يشترط فيه سوى جزء من المستحق له ، كما لو كان المستحق له حقلا وثماراً محصودة ، فيشترط الحقل فقط ، فهل يتحقق التجديد ؟ ويثور نفس التساول بالنسبة للدائن بقطعة الأرض كورنيليا إذا قام باستراط نصفها أو ربعها عن طريق التعهد الرسمى . وهناك حالة أخرى تحتاج إلى شرح وهى حالة ما إذا قام الدائن بقطعة الأرض كورنيليا باشتراط حق الانتفاع بهذه الأرض أو باشتراط ملكية رقبها . وكذلك فان الأمر محتاج إلى الشرح بالنسبة للحالة التى يقوم فها الدائن الذى له حق المرور المسمى acts (وهو الحق الذى يسمح لصاحبه بالمرور بأرض الجار راجلا أو راكبا ، كما يسمح له بأن يمر بمواشيه أيضاً , باشتراط حق المرور المسمى itor (وهو المدى يسمح لصاحبه بالمرور بارض الجار راجلا أو راكبا ، كما يسمح له بأن يمر بمواشيه أيضاً , بأرض الجار راجلا أو راكبا) ، أو إذا أجرى الحالة العكسية .

وبجب علينا الآن أن تعميق هلم الأفكار والاجابة على ما يعن لنا من تساولات على ضوء ما جاء على لسان الفقهاء الرومان فى نصوص الموسوعة . وأول نص مكن دراسته هو للفقيه جوليانوس .

المرسوعة : ٥٤ ، ١ ، ٥٨ :

"Qui usum fructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum, quia fundus dari non inellegitur, si usus fructus detrahatur. Et a contrario qui Fundum stipulatus est, deinde usum fructum, similis est ei, qui totum stipulatur, deinde partem. Sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit, scuti qui decem, deinde quinque stipulatur,

nihil agit. Item si quis fructum, deinde usum stipulatus Fuerit, nihil agit. Nisi in omnibus nvoandi animo hoc facere specialiter expresserit: tunc enim priore obligatione expirante ex secunda introducitur petitio et tam iter quam usus nec non quinque exigi possunt".

يقول جوليانوس:

المن يبرم تعهداً رسميا يشترط فيه حق الانتفاع بقطعة أرض ، ثم يرم تعهداً آخر يشترط فيه قطعة الأرض ذائها ، فانه عاثل من يشترط ، عن طريق تعهد رسي ، جزءاً من الأرض ، ثم يشترط الأرض كلها ، لأنه ليس, من المكن تصور أن الأرض تعطى إذا نزعنا منها حق الانتفاع. وعلى العكس ، فان من يشترط قطعة الأرض ، ثم يشترط حق الانتفاع ، مماثل من يشترط الكل ، ثم جزءاً من هذا الكل . ولكن ، من يشترط حق المرور المسم, aotus تُم حق المرور المسمى iter ، يبرم فى النهاية تعهداً رسمياً غبر مفيد ، ويقال نفس الشيء بالنسبة لمن يشترط عشرة ، ثم خسة ، فانه لا مجرى أي شيء مقتضي التعهد الثاني ، ما لم يكن في حميع هذه الحالات قد أوضح بصراحة أنه قد أبرمه لتحقيق التجديد : وحينئذ فانه مادام أن الالتزام الأول قد انقضى ، فان الدعوى تتولد عن الالتزام الثاني ، وبمكن للمرء أن يطالب عن المرور المسمى iter ، وحق الانتفاع واللمسة ال

يتضمن هذا النص مجموعة من الحلول ، تفسرها فكرتان أساسيتان : فكرة الجزء والجزء معناه فكرة الجزء والجزء معناه في الحقيقة شطر من كل . ويمكن تطبيق فكرته في ذائها ، على الحقوق وعلى الأشياء ، على حد سواء . فهى تطبق على الحقوق ، من حيث أن حق الملكية ، أو حق الانتفاع ، . . الخ ، يمكن أن يقسم إلى أجزاء . وهي تطبق

على الأشياء ، من حيث أن مقداراً quantitas (مبلغ من النقود مثلا) ، يمكن أن مجرأ بدوره .

وهناك شرطان لتطبيق فكرة الجزء: أن يكون الكل قابلا للتقسيم ، وعلى وجه التحديد أن يكون قابلا للتجزئة إلى وحدات متجانسة تقدر من حيث الكم فقط (أى تقبل التجزئة عصب الطرق الحسابية) ؛ وأن تنشىء التجزئة على الجزء ، يستبعد اشتراك أصحاب الأجزاء الأخرى ، أو أن تنشىء شيئاً متمازاً تماماً عن الأشياء الأخرى التي كانت تكون معاكلا

وهكذا فان ملكية قطعة الأرض كورنيليا، يمكن أن تقسم إلى أجزاء(\$0). وهذه الأجزاء متجانسة وتقبل التسمية الكمية . والحق اللدى يرد على كل مها يستبعد اشتراك أى مالك آخر . وعلى نفس المنوال ، يمكن القول بأن مبلغ العشرة يمكن أن بجزأ إلى مبلغين يضم كل مهما خسة ، ويصبح كل مهما شيئاً res في حد ذاته .

ولفكرة القابلية للتجزئة أهمية كبرى فى محال التجديد (٥٥) ، ويطبق علمها النظام التالى بالنسبة للأشياء :

عندما يكون هناك تعهد رسمى محله مقدار أقل من المقدار الذي يتضمنه تعهد رسمي آخر بيرم فها بعد من أجل التجديد novandi causa ، فان

⁽٥٤) أَنْظَرُ فَيَا يَتَمَلَّنُ بِالْمَالُ الْخُتَلَفَةُ الْجَرَّأُ .

Windscheid, Pandette, 142:

⁽ص ٨٦٪ في الترجمة الايطالية) . ومن الجدير بالذكر أن الرومان أشاروا إلى فكرة التجزلة بالنسبة المحقوق . أنظر : الملوسومة : ٧ ، ١ ، ٩ ، ٩ ، ١ ، ١١ ، ٣٠ ، ٥ ، فاتحة ؛ ٧ ، ٧٧ . و ٤٠ ، ٤ ؛ ٤٠ ، ٢ ، ٧ ، ٣ ، و٤ ، ٣ ، ٧ ، ٤ ، فاتحة ؛ و٤ ، ٣ ،

⁽هه) أنظر :

Meylan, Fructus sine usu et actus sine itinere, studi Albertoni; 1, 1935, 100

التجديد يتحقى . بيد أن التجديد لا ينشأ فى الفرض العكسى . وسبب اختلاف الحكم أنه يوجد فى الحالة الأولى دين واحد idem debitum وعنصر جديد aliquid novi (ويتمثل فى المقدار الذى أضيف إلى المقدار الأول) . ولكن ليس هناك أى عنصر جديد فى الفرض الثانى ، إذ أن المقدار الأقل الذى كان محل اللهى كان محل التعهد الثانى كان محتويه المقدار الأكر الذى كان محل التعهد الأول . وليس من أثر بالنسة للتعهد الثانى سوى التعهد مرتبن بنفس الشيء ، ومن ثم لا طائل من ورائه .

ويطبق نفس النظام في يتعلق بالحقوق القابلة للقسمة . فنريشترط ، بطريق التعهد الرسمى ، جزءاً من ملكية قطعة الأرض كورنيليا ، ثم يشترط ملكية الأرض بأكملها بعد ذلك ، فانه يجرى تجديداً صحيحاً . بينما لا يكون التجديد صحيحاً في الفرض العكسي .

ويمد جوليانوس فكرة الجزء ، وبالتالى نظام التجديد السالف الذكر ، على الحقوق العينية الى يمكن تسميها بالحقوق ذات المضمون الأقل بالنسبة للحقوق ذات المضمون الأقل بالنسبة وحق الاستمال جزء من حق الملكية ، وحق المرور المسمى iter همن حق الانتفاع ، وحق المرور المسمى iter همن المرور المسمى actus من حق المرور المسمى iter والمسمى المتمال ، أو بالمرور المسمى iter ، إلى المسمى iter ، أو بالاستمال ، أو بالمرور المسمى iter ، على الترتيب التمهد بالملكية ، أو بالانتفاع ، أو بالمرور المسمى actus ، على الترتيب أو بالمرور المسمى iter ، أى بالانتفاع ، أو بالمرور المسمى actus ، إلى التعهد بالانتفاع ، أو بالمرور المسمى actus ، إلى التعهد بالانتفاع ، أو بالمرور المسمى actus ، إلى التعهد بالانتفاع ، أو بالمرور المسمى actus ، إلى التعهد بالانتفاع ،

⁽٥٦) راجع ، فيا يتمثل بحق المرورالمسمى iter ، نصوص الموسومة : ٨ ،١٤٣٠، فاتحة ؛ ٨ ، ٣ ، ٧ ، فاتحة ؛ ٨ ، ٣ ، ٣ .

وَبَاللَّسَيَّةَ لِحَنَّاللُورِ اللَّسِمَى actus ؛ أَنْظُرُ بِاللَّوْسُومَةَ : ١،٠٨٠ ؛ ٤ \$. ٣ ، ٣ ، ٣ ، ٢ أَن إ : النَّاعَةُ ؟ ٨ ، ٣ ، ٧ ، فاتَّعَةً ٨ ، ٣ ، ٢ ، ٢ ، ٢ ، ٢ ، ٢ .

ومن الضرورى ، مع ذلك ، ايضاح معى امتداد فكرة الجزء على الحقوق . فكم البخرء : أن يكون الحقوق . فكم الجزء : أن يكون الكل قابلا للتقسيم، وأن توجد أشياء متميزة لها ذاتيها المستقلة نتيجة التبجزئة. فعلينا أن نقدر هذا الامتداد لفكرة الجزء على ضوء الشرطين السالفي الذكر .

فبالنسبة لأول هذين الشرطين ، يتعن اعتبار انفصال الجزء من الكل علابة عملية كمية . وهذه النتيجة يتوصل اليها في حالتنا ، إذا كان الحق ذو المضمون الأكبر ليس متناقضاً مع الحق ذي المضمون الأصغر كوحدة لوحدة

ويتعن تصوير الحق ذى المضمون الأكبر مثابة مجموعة مكنات ، عكن أن تثول فى بعض الأحيان إلى شخص وفى أحيان أخرى إلى شخص آخر : وهى مكنات الاستعال ، وحصد الهار ، والمرور ، التى كانت فى أول الأمر لصاحب الحق ذى المضمون الأكبر ثم هى أيضاً لصاحب الحق ذى المضمون الأصغر .

ولكن بالنسبة للشرط الثانى ، فانه لا يمكن توافره فى هذا المحال . إذ لا يمكن التوصل إلى التمتع المطلق للمكنات التى تنفصل بعضها عن بعض . فانفصال حق الانتفاع يترك ملكية الرقبة ، ولكن لهذه الأخترة ، من حيث المضمون ، سلطات محددة تشارك ، فى نطاق محدود ، تلك النابعة من حق الانتفاع . وانفصال حق الاستمال عن حق الانتفاع ، يترك لحق الانتفاع مكنة الاستمال التى تشرك مع تلك النابعة من حق الاستمال . ويقال نفس الشيء بالنسبة لانفصال حق المرور المسمى iter عن حق المرور المسمى actus . حيث يتضمن ازدواج فى حق المرور المسمى iter . actus

ققبول فكرة الجزء pars بالنسبة لمحال الحقوق ، لا يعنى اذن أن الكنات النابعة من كل حق تقسم بطريقة متساوية ، بل يعنى على وجه التحديد. أن هناك حقّاً له مضمون أصغر منفصل عن حق له مضمون أكبر .

ولم تغرب هذه الخصيصة الأخيرة عن بال الرومان (٥٧). ولكنها لم تحل دون امتداد فكرة الجزء على الحالة التي أمامنا ، لأن هذا الامتداد قد اعتبر مفيداً من حيث أنه كان يسمح بتطبيق قواعد معينة خارج حدودها الأصلية (٥٨) .

ونجم عن العلاقة ما بين الجزء والكل أن قرر جوليانوس بطلان التجديد ، في خالة الانتقال من الأكثر إلى الأقل . ولكن لانظهر كيفية تصور الوضع من وجهة النظر الديتورية . فمن يشرط عن طريق التعهد الرسمي ، الملكية الكاملة ، ثم يشترط بعد ذلك حق الانتفاع ، فمي ذلك أنه لم يعد يرغب الأداء الأول بأكمله . وإذا كان التجديد باطلا

Bretone, La nozione romana di uso frutto Napoli, 1962

حيث توجه كل الأفكار المتملقة بهذا الموضوع , ويمكن أن ننسب الفكرة التي هرضناها في المنن إلى جوليانوس (ولقه سقبه بدوره في هذا المفسار فقهاء كثيرون) : فالأسر بتملق باستداد فكرى ، له منى قانون ، وليس مجرد منى اقتصادى يستخدم لاستخلاص نتائج قانونية بالمنى الدقيق ، كا يحدث في مجال النجديد . ونحن لانعرف سدود الاستداد الذي قال به جوليانوس . ولانمتقد أنه يمكن استخلاص حجج بارزة من نصى الموسوعة : ٧ ، ١٣٠١،

وأنظر أيضاً :

Solazzi, specie ed estinzione delle servitù perdiali, Napoli, 1948, 27: Voci. Diritto ereditatio romano, 2,313.

⁽٧٥) أنظر أيضاً ؛ الموسوعة ؛ ٢٤ ، ٣ ، ١٣ ، ٣ .

في هذا الفرض ، فانه مع ذلك بحمل في طياته ضمنا اتفاقاً بابراء جزئي شبيهاً بما جاء على لسان جايوس (٥٩) . ومن ثم فان المطالبة القضائية على أساس التعهد الرسمي الأول بمكن أن ترفض عن طريق الدفع بالاتفاق exceptio pacti . ويتمين على الدائن أن يقنع بالمقدار الأقل .

وذكر جوليانوس أنه قد اعترف باتفاقات ضمنية في فروض يكون التجديد فيها غير صحيح وفقاً لقواعد القانون المدنى iure civili (١٠). فا كان من الممكن أن يكون قد قال بشيء آخر في الحالة محل البحث . ولكن لم يكن يستطيع أن يكيف هذا الرضع بأنه تجديد ، رغم التوصل إلى النتيجة العملية التي محققها التجديد . بل يمكن تكييفه على أنه ابراء جزئى، على أساس أن التعهد الكافي غير صحيح ، وأن التعهد الأول صحيح جزئياً ، ووذك بالنسبة للمقدار الأقل ، وباطل فيا عداه .

ومع ذلك ، فان النص موضوع الحديث لا يتكلم عن الاتفاق . بل يقبل في شطره الأخمر ، التجديد في كل الفروض المذكورة على شريطة أن تكون هناك ارادة صريحة بالتجديد specialiter expressa . يتعارض ولا ريب أن هذه الفقرة الأخمرة من النص عرفة . فضمومها يتعارض مع عبارة nihil agere الواردة في الفقرة السابقة والتي تشمر إلى أن التعهد الثاني لا طائل من ورائه ، كما أن هناك اشارة صريحة إلى هذا التعديل الذي أدخله جستينيان .

ويمكن افتراض أنه كانت توجد فى النص الأصلى ، قبل تحريفه ، عبارة تشير إلى الدفع بالاتفاق exceptio pacti ، محل هذه الفقرة الأخيرة

وأيا ما كان الأمر ، فانه تتعين أيضاً محاولة تفسير من أين نبع قبول التجديد في الحالات التي لم يسلم به فها جوليانوس .

[.] ۱۷۹ نظم جايوس : ۳ ، ۱۷۹ .

⁽٢٠) الموسوطة : ٢ ، ١٤ ، ٢٠ ، ١ .

كما أن تكييف الجزء الذي يشير إلى الحقوق التي لها مضمون أقل ، لا يتفق مع الرأى الشائع . وهناك رأى مخالف يقول بأن الحق الذى له مضمون أقل لا يتضمن تناقصاً كمياً بالنسبة للحق الذى له مضمون أكبر ، بل يتضمن اختلافاً كيفياً ، عيث أنه ليس أقلا minus بل هو شيء آخر abind بالنسبة للحق الذى له مضمون أكبر .

 ٢٠ ــ ولقد ثار النقاش أيضاً فيا يتعلق مهذه المسألة في مجالات أخرى غير التجديد ، وهي : الوفاء ، والابراء ، والتأمينات الشخصية .

فبخصوص الوفاء والابراء ، كان من المهم معرفة ما إذا كان المدين بالملكية الكاملة ، محصل على ابراء جزئى عندما يقوم بانشاء حق انتفاع لمصلحة الدائن ، أو عندما محصل من هذا الأخير على ابراء موضوعه حق الانتفاع .

وبالنسبة التأمينات الشخصية ، فانه كان يتعن حل مشكلة ما إذا كان الكفيل adpromissor الذي ينشىء ضهاناً موضوعه حتى الانتفاع ، يكون تعهده هذا صحيحاً لمصلحة المدين الذي النزم بنقل الملكية الكاملة ؛ وهلم جرا .

والمعلومات التي نجحنا في الحصول عليها ازاء مختلف الآراء متناثرة ، ولا تسمح باستنتاجات قاطعة . وهي تبدو مع ذلك كافية لا يضاح النقطة التي شهمنا هنا .

ففى مجال حق الانتفاع ، محرنا جايوس ، محصوص ما إذا كان الضهان موضوعه حق انتفاع بييا محل الدين الأصلى الملكية الكاملة ، بأن هناك خلافاً ثار حول ما إذا كان بجب اعتبار حق الانتفاع بالنسبة لحق الملكية، ممثابة حق من نفس الطبيعة ولكن له مضموناً أقل minus ،أو عابة شيء تحر عليا أكل Pars rei أي ما إذا كان جزءاً من كل Pars rei أو شيئاً مستقلا بداته

(۱۲). وقد قام واضعو الموسوعة ببنر بيانه ، واضعو الموسوعة ببنر بيانه ، لأن ما كان جمهم هو تقرير أن الكفيل يقى ملتزماً . ولكن لابد أن النص الأصلى قبل تحريفه كان محتوى على التخيير بين أمرين : إما أن حق الانتفاع يعتبر جزءاً Pars ، كما يقول جوليانوس ، وبالتالى فان التزام الكفيل الوفاء يكون صحيحاً ،ما دام أنه من المقبول لدى الرومان أن يضمن الكفيل الوفاء بالتزام له مضمون أقل minus (٦٢) . وإما أن حق الانتفاع هو شيء آخر aliud ، ومن ثم فان التزام الكفيل يكون غير صحيح . وليس هناك من وسيلة لمعرفة أى الرأين كان جايوس ينضم اليه (٦٣) .

وفى مجال حتى الانتفاع أيضاً ، ولكن فى علاقته بصحة المبارأة اللفظية acceptilatio ، فان أولبيانوس يوكد بشكل قاطع أن حتى الانتفاع ،مثل حتى الارتفاق ، ليس جرءاً (١٤) .

وفى نطاق حق الاستمال ، هناك قولان متناقضان لأولبيانوس : ويفيد الهول الأول بصحة المبارأة acceptilatio ، وهو يستبعد من حيث المبدأ فكرة أن الاستمال جزء من الانتفاع (٦٥) . ويتعلق القول الثانى بالتجديد ، وهو يقبل الفرض العكسى (٣٦) .

وتوجد آراء متضاربة أيضاً في مجال الارتفاق . وتشير إلى ذلك دائماً نصوص لأولبيانوس . فالنص المذكور حالا ، والذي يشير إلى التجديد ، يقرر نفس الشيء idem نخصوص الانتقال من حق المرور المسمى actus

⁽٦١) الموسوعة : ٢٤، ١، ٧٠ ٢ .

⁽٦٢) الموسومة : ٢١ ، ٢ ؛ ٩ ؛ ٩ ؛ ٩ ، ٨ ، ٧ – ١١ ؛ ٢٢ ؛ ٧٠ فاتحمة ؛ ٣

⁽٦٣) أنظر أيضاً : الموسوعة : ٢١، ٢، ٤٩.

⁽١٤) الموسوعة : ٢١، ٤، ١٣، ٢٠.

⁽م١) الموسومة : ٤٩ ، ٤ ، ١٣ ، ٣ .

⁽٦٦) الموسومة : ٢٤، ٢، ٩، ٢.

إلى حق المرور المسمى iter ، ولكنه يقرر ، عند الانتقال من ال iter إلى actus أن كلا مهما نختلف عن الآخر . وهناك نص آخر يتملق بالمبارأة اللفظية acceptilatio ، وينفى أن ال iter أو ال actus جزء من حق المرور المسمى (۲۷) (وهذا الحق الأخير يسمح لصاحبه بالمرور بأرض الجار راجلا أو راكباً ، فضلا عن السماح له كذلك بأن يم عواشيه وبعرباته) .

٢١ ... وليس من المتصور أنه كانت لأولبيانوس آراء محتلفة ومتناقضة على هذا النحو . ومن ثم يتعن لتحديد أفكار الفقيه الرومانى المشهور أن تدرس الحالات المقبولة التي توجد فى :

الموسوعة : ٤٦ ، ٤ ، ١٣ ، ١ – ٣ :

"Si id, quod in stipulationem deductum est, divisionem non recipiat, acceptilatio in partem nullius erit momenti, ut puta si servitus fuit praedii rustici vel urbani. Plane si usus fructus sit in stipulatum deductus, puta fundi Titiani, poterit pro parte acceptilatio fieri et erit residuae partis fundus usus fructus.

Si tamen viam quis stipulatus accepto iter (vel actuum (1A) fecerit, acceptilatio nullius crit momenti: hoo idem erit probandum, si actus accepto fuerit latus si autem iter et acctus accepto fuerit latus, consequens erit dicere Liberatum eum, qui viam promisit.

2. Illud certum est eum, qui fundum stipulatus usum fructum Vel viam accepto facit, in ea esse causa, ut acceptilatio non valeat; qui enim accepto facit, vel totum vel partem eius, quod stipulatus est, debet accepto facere, hae autem partes non sunt, non magis quam si quis domum stipulatus accepto ferat cementa vel fenestras vel partietem vel diaetam.

⁽٦٧) الموسوعة يا ٢٤ ، ٤ ، ١٣ ، ١

⁽۹۸) وهي كلمات حلفت بحق من قبل موسس Mommsen

3. Si quis usum fructum stipulatus usum accepto tulerit, si quidem sic, tulerit acceptum quasi usu debito, liberatio non continget; si vero quasi ex usu fructu, cum possit usus sine fructu constitui, dicendum est acceptilationem valere".

يقول أولبيانوس : .

- (Y) ومن الموكد أن من أبرم تعهداً رضياً عله قطعه أرص ثم قبل مبارأة محلها حق الانتفاع أو حق المرور المسمى via فانه منام على المبارأة تحديداً مجعلها باطلة: لأنه يتعن على من ينشىء مبارأة ، أن مجعلها ترد على ما هو محل التعهد الرسمى ، كله أو على جزء منه . وهذه الأشياء لا تعتبر أجزاءاً من قطعة

الأرض ، ومثلها فى ذلك مثل ما إذا اشترط أحد الأشخاص منزلا ، ثم اعترف ، عن طريق المبارأة اللفظية ، أنه قد تلقى قطع حجارة أو نوافذ أو حائط أو حجرة طعام .

(٣) وإذا اشترط شخص ما حق الانتفاع ، ثم أبرم مبارأة محلها حق الاستعال ، في الحالة التي يكون قد اعتقد فيها أن حن الانتفاع لا يتضمن سوى مجرد الاستعال ، فأن الابراء لا يتحقق . ولكن إذا كانت النية قد انجهت إلى استزاله من حق الانتفاع ، حيث أنه يمكن انشاء حق الانتفاع دون تضمنه الاستعال ، فإنه يتعن القول بأن المبارأة صحيحة ».

وإذا ما أردنا التعليق على مضمون هذا النص ، فانه بمكن القول بأن السبر المنطقى له يكون على النحو التالى : تعتبر المبارأة اللفظية الجزئية صحيحة ، بشرط أن يكون الحق الذى يتعبن انقضاؤه قابلا للتقسم . ولذلك فان المبارأة الجزئية لا يمكن أن تعقب التعهد الرسمى الذى يرد على حق المرور المسمى via بينا يمكن أن تتبع تعهداً رسمياً محله حق الانتفاع usus fructus إذ أن حق المرور المسمى via ، مثل سائر الارتفاقات ، لا يقبل الانقسام .

بل ولا تمكن تقسم حق له مضمون كبير إلى حقوق لها مضمون أقل فلا تصح المبارأة اللفظية التي يكون محلها حق المرور المسمى iter أو حق المرور المسمى actus ، وذلك عندما يكون الحق المتعهد به عن طريق التعهد الرشمى هو حق المرور المسمى via . ويقال نفس الشيء بالنسبة لمن يبرم تمهداً رسمياً عمله الملكية الكاملة ، فهو لا يستطيع أن يجرى مبارأة صحيحة علها حق الانتفاع أو حق المرور المسمى via ، إذ أمهما لا يعتبران يمثابة أجزاء المملكية . وهذا التأكيد الذي جاء على لسان الفقيه أوليبانوس يم عن الرفض القاطع ، الذي تضمنته المصادر الرومانية ، لفكرة اعتبار أجزاء الملكية . وهذا التأكيد المهادر الرومانية ، لفكرة اعتبار أجزاء الملكية . وهذا التأكيد المهادر الرومانية ، لفكرة اعتبار أجزاء الملكية . وهذا التأكيد المهادر الرومانية ، لفكرة اعتبار أجزاء الملكية .

وتطبق نفس الفكرة على حق الاستعال على . فن اشترط ، عن طريق التعهد الرسمي ، حق الانتفاع ، لا يستطيع أن بجرى مبارأة محلها حق الاستعال . بيد أن هناك تحفظاً ورد في النص في هذه الحالة : فالمبارأة المنطقة غير جائزة كقاعدة عامة ، ومع ذلك فالها تجوز عندما نخص بالذكر أن حق الاستعال اللذي يرغب في انقضائه متصل محق الانتفاع الذي تعهد به أولا . وذلك لأن حق الاستعال مكن أن ينشأ باعتباره حقاً قائماً بدانه ، أي مثابة استعال بدون استغلال usus sine fructu . ولهذا يتوقف مصير المبارأة على الطريقة التي تعبر من خلالها ارادة الانقضاء . وهذا هو ما مناطق على ما جاء في الجزء الاختر من النص المنسوب إلى جوليانوس : فكما أن التجديد جائز في كل حالة ، على شريطة أن يعبر عن ارادة التجديد . بصراحة specialiter expressa ، كذلك فان المبارأة تكون صحيحة ، في انقضائه . بشرط أن يكون واضحاً أن حق الاستعال منفصل عن حق الانتفاع المتعهد به من قبل . يمعي أن يكون واضحاً ما هو الحق الذي يرغب في انقضائه .

وهذا التطابق يو كد النتيجة التي انتهينا اليها من قبل واستخلصناها من التناقض بين ما يو كده الشطر الآخير من النص وبين ما سار عليه من أحكام في الفروض الآخرى . وهذه النتيجة هي : أن صحة المبارأة التي ترد على حق الاستمال لا ممكن أن يتبع الا من أعمال واضعى مجموعات جستينيان التشريعية

وهكذا بجد أنفسنا ازاء ثلاثة أدلة متوافقة في موسوعة جستينان : ففي نص الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٥ ، (المنسوب إلى جوليانوس) ، يعتبر التجديد جائزاً دون أن تئار مسألة الشيء الآخر aliud أو الشيء ذاته idem . وفي نص الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٧٠ ، ٢ (المنسوب إلى جابوس) ، فان عقد الكفالة جائز بنفس الشروط . وأخيراً فانه وفقاً لنص الموسوعة : ٤٦ ، ٤ ، ١٣ ، ١٠ . ٣ (المنسوب إلى أولبيانوس) ، تجوز المبارأة اللهظية (مادام أنه لا يعرف لماذا ما يسرى على الملاقة ما بين حق ا لانتفاع وحتى الاستمال لا يعرى على الحالات المماثلة) .

والآن نستطيع أن ننتقل إلى دراسة نص أولبيانوس ، الذى يشير إلى التجديد :

الموسوعة: ٢ : ٩ : ٢ : ٩ : ٢ :

"Qui actum stipulatur, deinde iter, ninil agit : item usum fructum stipulatus si usum stipuletur, nihil agit. Sed qui iter stipulatus actum postea stipuletur, aliud magis stipulatur : aliud est enim iter, aliud actus".

يقول أولبيانوس :

لا من يشترط ، بطريق التعهد الرسمى ، حق المرور المسمى iter ، ثم يشترط بعد ذلك حق المرور المسمى iter ، ثم يشترط ، ويقال نفس الشيء بالنسبة لمن اشترط حق الانتفاع ، إذا ما قام فيا بعد باشتراط حق الاستجال ، فانه لا يشترط شيئاً . ولكن إذا قام من اشترط حق المرور المسمى iter باشتراط حق المرور المسمى actus ، فانه يشترط شيئاً ما إضافياً : لأن حق المرور المسمى iter شيء وحق المرور المسمى actus شيء

يرد على هذا النص فى مجموعه بعض الملاحظات العامة . منها أنه وارد فى الموضع المحصص لمعالجة نظام التجديد ، رغم أنه كان يدخل فى نطاق معالجة التأمينات الشخصية . وتنشأ عن ذلك صعوبة أولية . فكثيراً ما محدث أن يتحدث المملقون على كتابات أولبيانوس عن نظام خارج موضعه الأصلى، بل ويتحدثون عنه بافاضة فى بعض الأحيان ، عندما كانوا يجرون مقارنات بينه وبين نظم أخرى (٢٩). وهو ما قديدفعنا إلى القول بأنهذا هو ماوقع فى

⁽٦٩) الموسوعة : ١٩ ، ٣ ، ٩ ، ١ ، ١ ، ١٩ ، ١ ، ١٩ ، ١ وأنظر أيضاً Levy, Konk, 2, 1, 255

الحالة المطروحة على بساط البحث الآن ، ما لم يوجد معرر آخر . ففي الدراسة المخصصة للالترامات اللفظية obligationes verbes ، عاليج أولبيانوس أولا التجديد، ثم التعهد عن المدين أو معه adpromissio . فهل كان في حاجة إلى أن يعود ، وهو في مجال التعهد عن المدين أو معه adpromossio ، إلى شروط التجديد ، أم كان بالأحرى محل عدداً من المشاكل المماثلة لما اعترضته وهو في مجال التجديد ؟ ومن يويد هذا الفرض الثاني ، مجد أن احتلات الاشارة إلى التجديد قد تناقصت .

وهناك ملاحظة ثانية على الفقرة ٩ بأكلها . فهى تلمس عدة قضايا غاية في التنوع في مجال التعهد عن المدين أو معه adpromissio . وتضم عدة مقرحات ، لاتجمعها في الأصل رابطة مشتركة . ويتعن اعتبار بعض هذه المقرحات ، وعلى وجه التحديد الحلول التي تضمها البندان الأول والثاني ، ثمرة ايجاز ، وأدى استصالها من صلب النص إلى يحو كل اشارة إلى التعهد عن المدين أو معه ، وإلى كل تذكرة محتملة بنظام التجديد .

ولنعالج الآن مضمون البند الثانى ، وهو الذى بهمنا فى مجال محنا . وإذا كان يتمن تفسير النص من حيث تماسكه المنطقى ودقته اللغوية ، فاننا نقول أن النص يتسم بالتناقض . فاذا اشترط شخص ، بطريق التمهلا الرسمى ، حق المرور المسمى actus ، ثم اشترط بعد ذلك حق المروي المسمى ، أو إذا اشترط أولا حق الانتفاع ، ثم اشترط حق الاستمال بعد ذلك ، فان التمهد الرسمى الثانى يكون باطلا ، لأنه وان كان يوجد عنصر بعد ذلك ، فان التمهد الرسمى الثانى يكون باطلا ، لأنه وان كان يوجد عنصر وحدة الدين aliquid novi ، فان العنصر الجديد aliquid novi غير موجود ، ما دام أن الحق الذى له المضمون الأكل والذى يرد عليه التعهد الثانى يعتبر جزءاً من الحق ذى المضمون الأكبر والذى يرد عليه التعهد الأول .

وعلى العكس فانه إذا اشترط أولا ال iter ثم اشترط ثانياً ال actus ، فانه يوجد شيء آخر aliquid novi ولا يتحقق العنصر الجديد aliquid novi . وهكذا فاننا نكون يصدد نفس الشيء idem أو شيء آخر atiud محسب ما إذا كنا نهبط أو نصعد سلم الحقوق العينية . ولم يستطع أولبيانوس أن يقول ذلك . وأيا كان الأمر ، فائنا نعرف الآن رأيه . فهو لم يكن يسلم بفكرة الجزء ، بل كان يرى أن هناك شيئاً آخر aliud في كل الحالات .

فلا مكن أن تنسب إلى أوليانوس اذن الصيغة الحالية النص ، بل وحى مضمونه . ومع ذلك ، يتعين أن يكون لنص جستينيان معنى ، وهو مالا يصعب التوصل اليه . ذلك أن واضعى مجموعات جستينيان التشريعية تركوا ، عند تقليصهم النص والتعديل فيه ، كلمة ال livul ه ، باعتبارها يشر إلى الا novi مالنسوب إلى جوليانوس ، وهو : أن التعهد التجديدى غير صحيح فى حالة الانتقال من الأكثر إلى الأقل ، وهو صحيح فى الحالة نقطة البداية ، مع التحفظ (وهو غير مكرر فى نص أوليبانوس) بأن ذلك ممثل نقطة البداية ، التي مكن أن تصحح عن طريق وجود نية التجديد animus مساهله المعابلة المالية المالية مناسبة . ونقابل من جديد اللامبالاة بالمشكلة المقلانية الحاصة بال فصل أو بال ماليه ، إذ أن النتيجة المملية هي التي كانت بهم . ومن هنا ينشأ تبرير عدم الالتفات الذي أدى إلى ترك ال ماليانس في النص .

وتقودنا هذه النتائج التي توصلنا الها إلى البند الحاص بالفقيه جوليانوس، وإلى الأفكار التي يتضمنها . فن الفقهاء من لا يشاطر جوليانوس الرأى . وكما لا شك فيه أن أوليانوس كان من بين هذا الفريق . فقد كان يذهب إلى أن الحق الذي له مضمون أقل لا يعتبر جزءاً من الحق الذي له مضمون أكر ، ومن ثم فانه ما كان من الممكن أبداً إثارة قضية الأكثر أو الأقل أكبر ، ومن ثم فانه ما كان من الممكن أبداً إثارة قضية الأكثر أو الأقل ويبر تب على ذلك أن التجديد لم يكن ممكناً أبداً . إذ أن فكرة الشيء الآخر ويبر تب على ذلك أن التجديد لم يكن ممكناً أبداً . إذ أن فكرة الشيء الآخر عائلا المعهدين ، السابق واللاحق معاً . ولا يوجد بالتالي تجديد بالنسبة للقانون المدنى الروماني . ius civile ، بل ازدواج التعهد .

وهذا لا يعنى استبعاد اللجوء إلى الدفع بالاتفاق exceptio pacti ، الذم كان من الممكن أن يصور تجديداً بريتوريًا . والوضع الذي كان ينجم عن ذلك هو الآتى :

١ - فن اشترط أولا حق الملكية ثم أشترط بعد ذلك حق الانتفاع (ولنقتصر على هذا المثال) ، وتمسك صاحب الشأن بالتعهد الأول ، فكان يرد طلبه بواسطة الدفع بالانتفاق مصاحب الشأن بالتعهد الثانى ، فانه كان يمكنه أن يتمسك بعدال بالتعهد الأول . لكن موقفه عندال ما كان يحتلف عن أحد فرضين : فاما أن يقيم الادعوى للحصول على الملكية التامة ، وكان لابد أن تحسرها على أساس المطالبة بأكثر من المستحق Pluris petitio (حيث أنه قد أشبعت رغبته بنشوء حق الانتفاع) ؛ واما أن محاول تفادى ما يتعرض له نتيجة المطالبة بأكثر من المستحق ، بأن يقيم الدعوى للحصول على مجرد ملكية المطالبة ، ولكن ترفض عن طريق الدفع بالاتفاق .

٢ — ومن اشترط أولاحق الانتفاع، ثم اشترط حق الملكية بعد ذلك، وأقام الدعوى على أساس التمهد الثانى ex secunda stipulatione واقام الدعوى على أساس التمهد الثانى رفع الدعوى على أساس التمهد الأول cx priore stipulatione. ولا يرجع ذلك إلى التجديد، يل كأثر للوفاء solutio . إذ أن الشيء اللى سيطالب به قد أصبح له . وكان يستطبع أيضاً أن يقيم الدعوى على أساس التمهد الأول ، كما يمكنه الاحتفاظ محق المطالبة بالكل على أساس التمهد الثانى . وكان من الممكن أن يحدث أيضاً أن يتمسك المدعى عليه بالدفع بالاتفاق . وكان من الممكن التعهد الثانى . فلقد كان للمدين في الحقيقة مصلحة في عدم استدعائه أمام القضاء مرتبن : مرة من أجل حق الانتفاع ، ومرة أخرى من أجل ملكية الرقية .

والنتيجة التي تخلص البها من العرض المتقدم أن التجديد البريتورى كان جائرًا في حالات لم يكن يقيله فها جوليانوس . فالدفع بالانفاق fo. pacti الذى كان له أثر مبرىء بالنسبة لأحدهما ، كان يقوم بوظيفة التجديد بالنسبة للآخر :

وهكذا يظهر إلى النور عالم حاول جستينيان اخفاءه عن طريق استخدام معول المحو والتحريف ، وتعاد معرفة مضمون الموُلفات volumina التي كانت تعالج التجديد ، ويتكلم عنها جستينيان بنغمة التوبيخ ، كما سيلي تفصيله . فلقد بسط الوضع واختصره في الحدود الآتية :

ا لم يعر أى اهمهام الفكرة النظرية الخاصة بالجزء pars. فعلى العكس ، كان ما يهمه هو أن يظل التصرف صحيحًا ، سواء تعلق بالتجديد ، أو بالمارأة ، أو بالكفالة .

 ۲ – وقبلت الابجابيات الى تضمنها نظريتا جوليانوس ، وأولبيانوس فيتحقق التجديد في الحالات الى يقبله فها كل مهما . وأصبح كل تجديد له نفس الآثار . فلم يعد يوجد ما يسمى بالتجديد الديتورى .

وهكذا نتوصل إلى شرح الجزء الأخير من النص الوارد في موسوعة جسينيان . فتحريفه يعنى تضمينه بعض الأفكار الجديدة والمتناقضة ، بالنسبة لتفكر جوليانوس . فالأفكار الجديدة أتحلت عن الرأى الذى لم يكن يتبعه جوليانوس . وعلى كل حال ، فانه يمكن حصر ما يعتبر جديداً وغريباً على عالم المصر العلمى ، في عنصر الارادة المعبر عها صراحة على عالم المحمد العلمى ، في عنصر الارادة المعبر عها صراحة ولا بالمحمد العلمى ، الذى نص عليه دستور جستينيان الحاص باصلاح نظام التجديد كما سيلى .

٢٢ – وهناك فرض نختلف عن الفروض الى عالجناها حى الآن ،
 ويشمله نص آخر لجوليانوس :

الموسوعة : ٥٤ ، ١ ، ٥٩ ، ٧ :

"si a te stipulatus fuero fundum sempronianum, deinde eundem fundum detracto usu fructo ab alio stipulor, prior stipulatio non novabitur, quia nec solvendo fundum detracto usu fructu liberaberis, sed adhuc a te recte fundi usum fructum peterem. Quid ergo est? cum mihi fundum dederis, is quoque Liberabitur, a quo detracto usu fructu fundum stipulatus fueram".

يقول جوليانوس :

أ إذا اشترطت عليك قطعة الأرض سمزونيوس ، ثم اشترطت بعد ذلك على شخص آخر قطعة الأرض ذاتها منفصلا عبها حق الانتفاع ، فلن مجلد التعهد الأول : لأنه بتسليمي قطعة الأرض منقوصاً منها حق الانتفاع ، فانك عتى وجه صحيح عتى الانتفاع . ماذا سيحدث إذن ؟ عندما تعطيني قطعة الأرض ، فان الشخص الآخر الذي اشرطت عليه قطعة الأرض منقوصاً منها حق الانتفاع ، سيتحرر أ.

فكما هو واضح ، يعرض النص الفرض التالى : اشترط أحد الأشخاص ، بطريق التعهد الرسمى، بأن يقوم ⁸ كايوس⁹ باعطائه أرض ^{8 سم}يرونيوس⁹ . ثم قام هذا الشخص أيضاً بابرام تعهد مع تيتيوس ، مشترطاً عليه فيه باعطائه ملكية رقبة الأرض ذاتها .

فالفرض هنا جديد ، إذا قارناه ما سبقه من فروض . وذلك ، لالأن للتعهد الثانى محلا لم نصادفه حتى الآن ، فن هذه الناحية نجد أنه ما دام أننا خلعنا تكييف الجزء pars على حق الانتفاع ، فانه يتمين خلع هذا التكييف أيضاً على ملكية الرقبة - بل لأننا بصدد تجديد شخصى يتضمنه النص الذي نحله. فتغيير الشخص يكفل وجود المنصر الجديد aliquid novi ، الذي لا يتوفر في الانتفال الموضوعي من الأكثر إلى الأقل . ولذلك فان التجديد stipulatio non ، فلكون التعهد الأول لا يجدد novabitur

وهذا هو ما يستخلص من مقارنة النظام المذكور بالوفاء الجزئى . ومن هنا فان النص يقرر بأنه إذا لم يقم المدين الذي يقع على عاتقه الالتزام بنقل الملكية الكاملة ، الا بنقل ملكية رقبة الأرض إلى الدائن طلبه صحيحاً recte نعن طلبه صحيحاً بعن الانتفاع فقط ، ويكون طلبه صحيحاً solutio بمخى أن الوفاء solutio يمكن الرقبة ، الذي يقبله الدائن ، يكون له أثر انقضائى جزئى . فيمكن مقارنة هذه الحالة بالانابة فى الوفاء delegatio ، كما يقول جوليانوس نفسه (۷۰) .

ومن ثم فانه إذا لم يكن يتحقق التجديد الكلى ، فانه يتحقق مع ذلك التجديد الجزئى . فتتحرر ذمة المدين إذا قام بانشاء حتى الانتفاع فقط . يبد أنه إذا قام بنقل الملكية الكاملة اللدائن ، فان ذمة المناب تتحرر بمقتضى ذلك ، لأن الدائن لا يستطيع مطالبت بنقل حتى أصبح مملوكاً له . وهذا هو معى الجزء الثانى من النص . فالتجديد الجزئى ممكن ، وإن كان لا يمكن اجراؤه فى بعض الأحيان كما ميلى .

٢٣ -- ولقد نظر إلى مشكلة التغيير في مقدار الشيء المستحق من زاوية أخرى ، في نص الموسوعة : ٥٠ ، ١ ، ٢٩ ، فاتحة ، وهاكم النص : .

"Scire debemus in stipulationibus tot essestipulatines, quot summe sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt. secundum quod evenit, ut mixta una summa vel specie, quae non fuit in praecedenti stipulatione, non fiat novatio, sed efficit duas esse stipulationes".

يقول أولبيانوس :

وبجب علينا أن نعرف أنه فى مجال التعهدات الرسمية ، يوجد من التعهدات يقدر ما يوجد من المبالغ ، ويوجد من

⁽٧٠) الموسوعة : ٢٤، ١، ١٨.

التعهدات بقدر ما يوجد من الأشياء . ونتيجة لذلك فانه عدث أنه باضافة مبلغ أو شىء لم يكن فى التعهد السابق ، لاينشأالتجديد، بل يتر تبعلى هذه الاضافة وجود تعهدين معاً .

يلاحظ أن النص مأخوذ من صلب موضوع كان يعالج فيه التجديد . فقاعدة أنه "توجد تعهدات منفصلة بقدر الأشياء أو المبالغ المشرطة tot sunt stipulationes quot species, summae sunt "

تهى أن الديون التي تتجمع في اطار واحدلا تنتج سوى مجرد وحدة شكلية، ولكنها من حيث الجوهر تعتبر كما لو كانت قد أنشئت منفصلة . فاذا قام أحد الأشخاص مثلا باشتراط العبد ستيكوس وحوزته افانه يكون هناك تعهدان ، وبالتالى دعويان ودينان ، منفصلان ومستقلان أحدهما عن الآخر . هذا هو المبدأ . بيد أنه لم تعرض في النص جيداً النتائج التي يمكن أن تترتب عليه في نطاق التجديد . فالجزء الأخير من النص موجز كما هو واضح .

ولكن ليس من الصعب التوصل إلى هذه التناتج في مجال التجديد . فلو فرض أن أحد الأشخاص ، بعد أن اشرط في العام الماضي قطع الأراضي أ ، ب ، ج ، د ، ه أ ، ب ، ج ، د ، ه سنند una pecie quae non fult in fraecedente stipulatione

فهل مجدد هذا التعهد الثانى التعهد الأول ؟ مجيب أولبيانوس على ذلك بأن التحديد لا يتحقق mon Fit novatio لا بالنسبة لقطع الأراضى أ، ب، ج التي تعهد بها مرتين دون عنصر جديد aliquid novi ، ولا بالنسبة لقطعى الأرض ء ، ه اللذين كانا موضوع التعهد الثانى فقط. ومادام أن التعهدات الموحدة من الناحية الشكلية هي في الحقيقة مركبة ، لذلك فان التعهدات التي أبرمت للمرة الثانية والتي اشترطت عقتضاها قطع الأرض أ ، ب ، حتقع باطلة ؛ أما التعهدان اللذان اشترطت عقتضاها قطعا الأرض د ، ه فهما صحيحان ، دون امكانية الكلام عن وجود تجديد .

ويسرى نفس هذا القول على التعهد الرسمى الذي تكون صيغته (هل تعدني بالعبد استيكوس وبجوزته ؟! السالفة الذكر . ففي الحقيقة ، يوجد تعهدان رسميان بميز بيمهما القانون ويفصل أحدهما عن الآخر . ومن ثم فان التعهد أهل تعدّن بالعبد استيكوس " ، إذا ما انفصل عن التعهد الآخر ، وقصر عليه وحده ، لم يعد يتضمن شيئاً ما جديداً ، بالنسبة للتعهد الأول الذي له نفس الصبغة . فهذا التعهد الثاني باطل إذن ، ولا يمكن أن مجدد التعهد الأول . وقوى ، حييا قال أن التجديد للميحهد الأول . Duao sunt stipulationes .

بيد أنه يتمين علينا ألا نفرط في استغلال تسبيب أولمبيانوس هذا ، وألا نوسع في تفسيره وتطبيقه . فثلا في الفرض الذي سبق أن تعرضنا له والذي جاء على لسان جوليانوس (٧١) ومفاده أن أحد الأشخاص قد اشترط أولا حق الانتفاع بقطعة أرض ، ثم اشترط الملكية الكاملة لهذه الأرض . فهل يتمين أن نجزىء هنا أيضاً التعهد الثانى ، ونقول أنه صحيح بالنسبة لملكية الرقبة ، بينها هو باطل فيا يتعلق محق الانتفاع ما دام أنه في هذا الحصوص مجرد تكرار للتعهد الأول ؟ لا ، بدون شك . فليس لدينا هنا ، الحصوص مجرد تكرار للتعهد الأول ؟ لا ، بدون شك . فليس لدينا هنا ، كما هو الشأن في الفرض السابق ، شيئان متميزان duae species ، بل شيء واحد ، وهو قطعة الأرض ، ولا يوجد بالتالي سوى تعهد واحد بأبر م في المرة الثانية . وما دام أن هذا التعهد الثاني الوحيد يتضمن في حد ذاته شيئاً ما جديداً ، وهو ملكية الرقبة ، فانه يكون صحيحاً بالنسبة المكل .

۲٤ ـ حالات انعدام وحدة الدين idem debitum التي يقبلها القانون الله أي الروماني :

سبق أن عرضنا لبعض الفروض المتعلقة بالتجديد البريتورى ، والى عصح فيها البريتور حالات انعدام وحدة الدين باسم نية التجديد animus . وهناك وضع مماثل يمكن أن يتحقق أيضاً في عبيط القانون المدنى ، وذلك إذا كانت العلاقة التي تجدد من علاقات حسن النية . وهذا هو ما جاء على لسان بابينيانوس في نص الموسوعة : ٢٢ ، ٢ ، ٢ ، ٢ ؛

⁽٧١) المرسومة : ٥٤، ١، ٨٥.

"Si stipulatus sis rem dari vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet. An idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est. Nam qoud ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi sive effectum per traditionem dominii transferendi continent, partus non continetur:

Verum si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intellegitur, quia non est verisimile plus venditorem promisisse, quam iudicio empti praestare compelleretur. Sed tamen propter illa verba "vacuamque possessionem tradi" potest dici pattus quoque rationem committi incerti stipulatiotne(vy): etënim ancilla tradita partum postea edtum in bonis suis reus stipulandi habere potusset.

 Si post contractam emptionem ante interpositam stipulationem partus editus aut aliquod per servum venditori adquisitum est, quod ex stipulatu consequi non poterit, ideio empti consequitur : id enim quod non transfertur in causam novationis iure pristino peti potest".

يقول بابينيانوس:

أإذا اشرطت ، عن طريق التعهد الرسمي ، أن ينقل اليك أحد الأفراد ملكية شيء ، وأن يمكنك من الحيازة الهادئة له ، فالمنطق يقضي بأن النمار التي أقتطفها مدينك منذ ابرام التعهد تكون لك . ولك في هذا الصدد الدعوى العامة التي تنشأ عن التعهد الرسمي ، بسبب الشرط الأخير الذي تضمنه تعهدك الرسمي . ولتبحث ما إذا كان يتعن علينا أن نقول نفس الشيء بالنسبة للمولود من رقيقة تستحق

⁽٧٢) يلاحظ أن العبارة :

[&]quot;Potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione" تصحم مادة على النحر التالى :

[&]quot;Potest dici partus quoque ratione committi incerti stipulationem".

لك بمقتضى تعهد مماثل : لأن عبارة الشرط الأول ، سواء تعبر عن واقعة المدس اللَّمي ينقل الملكية ، أو تبين الأثر الأُثر الذي مجبأن يرتبه التسليم الذي يتعين عليه القيام به لك، لنقل ملكية المرأة الرقيقة اليك ، هذه العبارة لا مكن أن تمتد إلى المولود منها منذ ابرام التعهد الرشمى . وإذا كان مثل هذا التعهد قد أجرى بواسطة مشر إلى باثعة ، مع نية تغيير الالتزام الناشيء عن البيع ، فان هذه العبارة التي يتضمنها الشرط الأول الذي نتحدث عنه ، لا يمكن أن تفهم إلا من واقعة نقل وضع اليد الذي يلتزم به البائع ، وليس من نقل ملكية الشيء المبيع : لأنه ليس من المحتمل أن البائع رغب مقتضى هذا التعهد أن ينشىء النزاما أكثر امتداداً من الالتزام المتولد عن البيع . ولكن يمكن لمن أبرم التعهد لمصلحته أن يطالب بتسليمه المولود من الرقيقة ، على أساس الشرط الثاني للتعهد المعمر عنه بهذه الألفاظ اوتنقل لى وضع اليدا ؛ لأنه إذا كانت الرقيقة قد سلمتُ اليه فعلا ، فان المولود منها بعد التسلم كان سيعتمر جزءاً من ذمته المالية .

إذا ولد المولود من هذه الرقيقة بعد البيع ، ولكن قبل أن يشترط المشترى على البائع ، بطريق التمهد الرسمى ، أن يسلمه الرقيقة ؛ أو إذا تعلق الأمر برقيق مباع اكتسب شيئاً لمصلحة البائع ، فإن المشترى لن يستطيع أن محصل على هذه التوابع بمقتضى التمهد الرسمى الذي أجراه عندئد ، ولكن سيكون له جلدا الشأن دعوى البيع . وفي الحقيقة أن كل ما لا يحتويه الالترام الجديد ، الذي نغير بمقتضاه الالترام الأول ، ممكن دائماً المطالبة به على أساس الالترام الأول .

أخذ هذا النص من صلب موضوع كان يعالج التعهد الرسمي ضر المعن stipulatio incerti . بيد أن هذه المسألة quaestio لم تعالج فيه بأكملها . ومهما مكن من أمر ، فان النقطة التي تهمنا بمكن أن توضح من واقعة ذكر التمهد " بنقل ملكية شيء ما ، وبنقل الحيازة الهادئة stipulatio rem dari vacuamque possessionem tradi وان كان من غير الممكن أن نتوقع أن يدرس وحده في نطاق المشكلة التي يشير الها النص الحالى . كما يلاحظ أن ذكر البيع تم فجأة وبدون تمهيد ex abrupt

ومادام أن عرض بابينيانوس ليس سهلا ، لذلك فاننا سنقوم أولا بشرح النص في أجزائه المختلفة، ثم مهندي على ضوء ذلك إلى سبره المنطقي.

فالتعهد الرسمى stipulatio الذي معالجه النص محتوى على شرطين ، أحدهما معين incerta : " نقل ملكية أحدهما معين incerta : " نقل ملكية شيء ما "rem dari ، والآخر خبر معين "Yacuam possessionem tradiātion". والمشكلة محل الجدل هي ما إذا كان المولود من الرقيقة ، وهي محل التعهد الرسمي، يتول إلى طالب التعهد . و عكن الاجابة على هذا التساول من زاويتين: أيلولة الطفل المولود بعد ابرام التعهد ، ومن زاوية امكانية أيلولة الطفل المولود بعد ابرام التعهد ، ومن زاوية امكانية (أي قبل انعقاد التعهد) ، وذلك في حالة ما إذا كان التعهد يرمى إلى تجديد الالزامات الناشئة عن بيع سابق . ولقد رجع بابينيانوس ، في سبيل الاهتداء إلى حل لهذه المشكلة الحاصة بالمولود الجديد ، إلى الحل الذي عكن تقريره بالنسبة للبار ، ليستخلص من ذلك بلا ريب حجة قياسية .

ومجيب بابينيانوس بالامجاب مخصوص المسألة المتعلقة بالثمار (٧٣) ، على أساس تسبيب عام : " المنطق يقضى ratio suasdet . كما أنه يقرر

⁽٧٣) أنظر :

Grosso, obbligazioni (Corso di diritto romano), Torino, 1955, 24.

نفس الحل فيا يتعلق بابن الرقيقة المولود بعد ابرام التمهد. ونسبيه في هذه الحالة الأخيرة أكثر اتساعاً ويعرضه على النحو التالى: يتعين أن ينفذ الالترام فوراً statim ، إذا لم يكن مضافاً إلى أجل. ويترتب على تنفيذه في الحالة التي نحن بصددها ، أن يتم نقل وضع اليد ، وهذا يؤدى إلى اكتساب التوابع. فكما أن وضع اليد ، فان التوابع واجبة الأداء بدورها : فضمون الترام المتعهد هو نقل وضع اليد على المولود الجديد ، وليس نقل الملكية ، على أساس أنه ينبع من شرط فنقل وضع البد على المعدد ، وليس نقل وللك فان باينيانوس يتكلم عن أن المولود يعتبر في حزءاً من ذمة طالب التعهد (habere in bonis).

هذا ، والتسبيب الذي يقوم عليه اكتساب المولود الجديد يسرى أيضاً على اكتساب الثمار . وإذا كان فقيها يقتصر على القول المنطقق يريد ratio suadet أو لأن عبارة المنطق يريد ratio suadet كانت تمثل بديلا لشرح أكثر استفاضة ومعروف مقدماً . ومهما يكن من أمر فان هذا التعبير محير. ورعا كان الأدعى بالاهمام هو معرفة ماذا كان يقرره القانون الوضعى .

وينشأ الالتزام بتسليم التوابع الناتجة بعد ابرام التعهد الرصمي ،

Post stipulationem من شرط قنقل وضع اليد Post stipulationem من شرط قنقل الملكية "rem dari" . فهدا الشرط الأخير يفرض على المتعهد الالتزام بنقل ملكية الشيء . وهذا الالتزام يفهم على أنه يتعلق بالعمل الناقل للملكية فقط Factum rei promittendi ، أو يتعلق بضهان أن يكون للعمل الناقل للملكية أثره وهو أن يصبح طالب التعهد مالكا أن يكون للعمل الناقل للملكية أثره وهو أن يصبح طالب التعهد مالكا (٧٤) .

⁽٧٤) أنظر :

Lenel, Paling. 1, 868; De Francisci, Trasferimento : della proprietà, Padova, 1924, 189.

وتسرى كل هذه الأفكار على التمهد بنقل الملكية وبنقل الحيازة الهادئة . stipulatio rem dari vacuamque possessionem tradi ، بصفة عامة . ولكن ، يمكن للطرفين أن يبرمانه بغرض تجديد الترامات ناشثة عن يبع سابق . فدار البحث هو تقرير ما إذا كان التجديد يتحقق ، وما هي حدوده .

ذلك أن الالترامات التي تقع على عاتق البائع هي تلك الحاصة بتمكين المشترى من الحيازة الهادئةوالمستمرة للشيء vacua possessionem tradere وبتمكينه من الحصول على التوابع وعلى ما خدم الشيء الحصول على التوابع وعلى ما خدم الشيء عامة ، من وقت ابرام البيع ، وأن يكون سلوكه يتسم بحسن النيه (٧٧) .

وللتعهد بنقل الملكية والحيازة الهادئة والعين من الكية والحيازة الهادئة possessionem tradi مضمون أقل ، ومن ثم فانه يفتقد عنصر وحدة اللاين idem debitum . فليس هناك أثر انقضائى بصفة كاملة للالترامات الناشئة عن البيع vex vendito الا عن طريق استخدام صيغة مناللان ملائمة (٧٦) . ولما كان العقدان ، التعهد الرسمى وعقد البيع ، يظلان لللك على ثيد الحياة ، فانه يتمن تحديد ما مكن الحصول عليه مقتضى كل

ينتج التعهد أولا ، الالتزام بالاعطاء dare . ولكن يتعين أن يخلع على الاعطاء datio معناه الضيق للغاية ، كعمل ناقل للملكية . فالبائع

⁽۷۲) مثل ومایتین أصطار"ه لك مقتضی البیح Quidquid ex vendito te dare " facere operfet و ماشابهها ، كما هو مستخلص من الموسوعة : ۲، ، ۲، ، ۲۷، ۲۷.

بصفته هذه قد لا يكون ملزماً الا سهذا العمل . ولذلك فانه من المحتمل أنه لا يريد العمل على زيادة مضمون النزامه بواسطة التعهد .

ويبدو أن هذه الحجة التي قال مها بابينيانوس ، توسس على سببن . أولهما له طابع سلى : فبدون حاجة إلى تكرار العودة إلى نموذجي التجديد المتقابلين ، وهما التجديد المدنى والتجديد البريتوري ، فانه من المسلمات أنه لا توجد أية صعوبة في الانتقال من الالتزام بالتمكين habere licere إلى الالتزام بإجراء الاعطاء datio . وثانهما له طابع ابجابي : فمع أنه لا ممكن اجراء التجديد وفقاً لنموذج القانون المدنى، يوجد مع ذلك نيه التجديد لدى الطرفين ، ولا يريد البائع تمقتضاها أن يضاعف أداءه . فيتعمن تفسير التعهد من خلال هذه الزاوية : فوجود التجديد مسألة قانون ، ولكنَّ مضموُّن ارادة المدين مسألة واقع ، من الممكن الاهتداء المها سواء وجد طرفاً التجديد أو لم يوجداً . ومن ثم فانه ينسب إلى ارادة البائع التعهد ، لا بأقصى ما مكن أن يكفله الالتزام بالاعطاء dare ، بل بالمضمون الذي يتلائم مع الوضع السابق . وما دام أن أقصى ما يستطيعه البائع ، دون أن يتخطّى حدود البيع ، هو أن يتعهد باجراء العمل الناقل للملكّية ، فانه يتعنن أن يكون ذلك هو ما قصده بالالتزام الجديد. وهذا تطبيق دقيق لمعيار القياس في مجال التفسير . وهو تعليل لا يمكن تصوره الا بالتسليم بكل كلمة موجودة في النص ، ما في ذلك عبارة نية التجديد animus novandi (٧٧) .

وينتج التعهد ثانياً ، الالتزام بنقل الحيازة Possessionem tradere ولا توجد هنا مشاكل تفسير بالنسبة للالتزام في ذاته . ولكن يتعين حسم مسألة ما إذا كان من الممكن للتعهد أن يكفل التوابع التي تنشأ قبل ابرامه :. والاجابة على ذلك تكون بالنفي بكل تأكيد . فالتعهد الرسمي ، بدون صيغة conceptio ملائمة لا يمكن أن يكفل الا ما ينتج من لحظة ابرامه .

⁽٥٥) أنظر : أرانجو رويزArangio --- Ruiz المو"لف السالف الذكر ؟ ١١٩: وكذك :

ولترى الآن ما محكن البيع أن يكفله . فما محتويه التعهد الرسمي لايستطيع البيع أن يباشر أى أثر عليه : من حيازة ، واعطاء olatio ، والملحقات التي تنشأ بعد ابرام التعهد ومعتقض حسن النية عدم المطالبة بأداءات اتفق عليها وكفلتها طريقة أخرى ، ومن ثم فان جزء الطلبات intentio في صيغة الدعوى يقتصر مضمونه بقوة القانون iposo iure على الاداءات التي لم يتضمنها التعهد الرسمي . فليس هناك حاجة اذن للدفع بالاتفاق exceptio doli .

بيد أن هناك بعض الترامات البائع لا يشملها التعهد الرسمى . ويستطيع المشترى بالنسبة لها أن يرفع دعوى الشراء actio empti . وهو يحصل ، بمقتضى هذه الدعوى ، على الملحقات التي تنتج فيا بين البيع والتعهد الرسمى .

ولنحاول ، بعد أن شرحنا النص بأجزائه المختلفة ، أن نوضح سيره المنطقى . فمن المحتمل أن بابيليانوس كان يبحث النتائج التي تترتب على التعهد بالإعطاء وبنقل الحيازةstipulatio rem dari vacuamque possessionem tradii الزاء بيع سابق ، وكان يرمى إلى مقارنة ما يتحصل عليه بواسطة البيع ، يما يتحصل عليه عن طريق التعهد الرسمى .

ولم يكن من المكن الحصول على الملحقات مقتضى شرط الاحطاء remdari ، لأن الاعطاء ، أيا كان مفهومه لا يحقق هذه النتيجة ، ثم إنه يفهم بالمفهوم الضيق فى الحالة محل البحث. وعلى العكس ، فانه بمكن الحصول علمها مقتضى شرط نقل الحيازة Possessionem tradi ، ولكن من موقت أبرام التعهد . وفها عدا ذلك تظل دعوى الشراء actio empti هي المعمول مها .

وهكذا يتضح أن التجديد ، محسب النموذج الذى يقرره القانون المدنى ، ليس موجوداً فى نص بابينيانوس ، وذلك لأنه ينتقل من التمكين habere إلى الاعطاء daro ، ولأن الملحقات لا ممكن المطالبة بها بأكملها عن طريق دعوى التعهد الرسمى actio ex stipulatu . ولكن تنقضى بعض الالترامات الناشئة عن البيع cx vendi.o ، بمقتضى قواعد القانون الملنى الرومانى ، ثما يرتب آثار تجديد جرئى ، أطلق عليه بابينيانوس فى البند الأول امم التجديد .

وسمة هذا التجديد أن الأثر الانقضائى لا ينتج عن التعهد الرسمى وسمة هذا التجديد أن الأثر الانقضائى لا ينتج عن التبهد الرسمى بها البيع ، والحى ترفض ازدواج الأداء : فالتعهد مسلمة ، وحسن النية هو سبب الانقضاء وعليه ، فانه لما كان انقضاء الالترام الأول Prior obbligatio ليس نتيجة مباشرة للتعهد الرسمى ، فان التجديد المين حالا على هذا النحو يماثل التجديد الديتورى .

ويشهد البند ، بعد أن شرح بكل أجزائه ، بدقة بابينيانوس وعمقه . وليس هناك محل للقول بأن التأكيدات الهامة التي تضمنها النص ، والتي فسرت على وجه غبر صائب ، من عمل معاونى جستينيان أو غيرهم من المحرفين (۷۸) .

۲۰ حالة آخرى يتحقق فيها التجديد البريتورى ، ولكن ليس بسبب عيب خاص بشرط وحدة الدين أو المنصر الجديد : لقسد درسنا فيا تقدم حالات مختلفة للتجديد ، ليست مطابقة لنموذج القانون المدنى ، بسبب عيب خاص بشرط وحدة الدين idem debitum أو العنصر الجديد aliquid no i

بيد أنه قد تحول دون صحة التجديد أيضاً واقعة أن التمهد الذي يستعمله الطرفان بقصد التجديد ، لا ينتج سوى مجرد مسئولية بريتورية . فلا يستطيع البريتور بالتالى ألا يعترف بالآثار التي تترتب على الأوضاع التي ابتدعها ، ومن ثم يكفل ما محققه التجديد من نتيجة عملية ، كما في النص التالى :

⁽٧٨) أَنْظُرُ أَيْضًا : للْوسوعة : ه؛ ، ١ ، ٨٩ ؛ ه؛ ، ١ ، ٧٦ ، ١ ، ٥٩ .

"Qui pecuniam a servo stipulatus est, quam sibi Titius debehat, si a Titio petat, an exceptione pacti conventi summoveri et possit et debeat, quia pactus videatur, ne a Titio petat, quasitum est. Julianus ita summovendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est, id est si iustam causam intercedendi servus habuit, quia forte tantandem pecuniam Titio debuit; qoud si quasi fideiussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non darctur, non esse inhibendum creditorem, quo minus a Titio petat: aeque nullo modo prohiberi eum debere, si eum servum Liberum esse credidisset".

يقول جايوس :

الأحد الأفراد مبلغ من النقود فى ذمة تيتيوس ، ويقوم عبد بالتعهد له مهذا المبلغ ذاته عن طريق التعهد الرسمى : فاذا طالب تيتيوس مهذا الدين ، فهل يمكن بل وهل يتعين رفض هذه المطالبة بمقتضى اللغع الناشىء عن الاتفاق ، لأنه ، كما هو ظاهر ، من المتفق عليه عدم مطالبة تيتيوس به ؟ يعتقد جوليانوس أن مطالبته سترفض ، مالم تبق له دعوى الحوزة ضد سيد الرقيق : وهذا هو ما محدث إذا ما كان لدى الرقيق من الأسباب المعقولة لكى يلترم من أجل منافر من أجل مثلا مبلغ مساو .

ولكن ، إذا النرم الرقيق من أجل تبتيوس كضامن ، فلا توجد دعوى الحوزة فى هذه الحالة ، ويعتقد أنه يتعن ألا عنع الدائن من مباشرة دعواه ضد تيتيوس ؛ وهذا مماثل لما لو تعاقد مع هذا العبد ، بسبب اعتقاده بأنه حر ، فانه لا مكن أن عمول بيته وبين رفع الدعوى . .

يشير النص إلى حل الفقيه جوليانوس. فالفرض أن ⁴ كايوس³ دائن المدعو ^قتيتيوس³. ويوافق على أن عبداً يتعهد له بنفس المبلغ بدلا من " تيتومر" . وما دام أن العبد لا يستطيع أن يلزم نفسه أو سيده وفقاً لأحكام القانون المدنى الرومانى ، فان تعهده لا يكون صحيحاً ، ولا يوجد تجديد مدنى بالتالى . بيد أنه إذا كان تعهد العبد يدخل فى أعمال ادارة أجر اهالحساب سيده، فان السيد يظل ملتزماً على أساس دعوى الحوزة de peculio . ومن ثم تثور المشكلة المتعلقة بما إذا كان يمكن أن يرتب اتفاق الانابة فى الوفاء أى أثر على الالتزام الأول Prior obligatio ، الذى يظل قائماً نتيجة لبطلان الالتزام الثانى .

ويقدر جوليانوس مضمون اتفاق الانابة المشار اليه ، على النحو التالى : الدائن ، وهو المناب لديه ، مستعد لابراء المنيب من الدين ، إذا استطاع الحصول عليه بواسطة التعهد الرشمي الذي يبرمه مع الرقيق . ولذلك فان العبد اما أن يكون في وضع يسمح له بترتيب الترام ناشيء عن الحوزة أن طو peculio في ذمة سيده ، وعندئذ يكون للاتفاق قيمة ؛ واما لا يستطيع أن يرتب التراماً على عائق سيده ، وفي هذه الحالة يمكن للمناب لديه أن يستصدر حكماً لصالحه في مواجهة المنيب على أساس الالترام الأول . ex priore obligatione

ويعنى كل ذلك أن التمهد الذي ببرم مع العبد بمكن أن يحقق التجديد أولا محقه : فاذا ما حققه ، فان الأمر يتعلق بتجديد محميه الريتور . فهذا الأخير يرفض ، بناء على الدفع بالاتفاق exceptio pacti ، كل أثر للالترام الأول Prior obligatio) .

 ⁽٧٩) جايوس : ٢ ، ١٧٦ ؛ الهوسوعة : ١٥ ، ١ ، ٣ ، ٥ - ٧ ؛ الموسوعة :
 ١٤ ، ٢ ، ٤ ، ٢ ، ٢ ، ٢ ، ٢ ، وأنظر أيضاً

P. Voci, una quaestio papinianea in tema di stipulatio poenae, st. in memoria di A. Giuffrà, P. Voci, La responsabilité del debitore da stipulatio poenae, st., in onore di E. Volterra.

بيد أنه حدث تركيز من قبل الشراح اللاحقين عليه على فكرة أخرى ، قال مها أيضاً ، وهي أن بعض النصوص التي تتضمن نية التجديد animus

Von Salpius, Novation und Delegation nach : أنفل (م) rom. Recht, Berlin, 1864; salkowski, zur Lehre von der novation, 1866; Gradênwitz, Interpolationen in den Pandektên, Berlin, 1887; Lévy, Sponsio, Fideiromissio, Fideiussio, Berlin, 1907; Schulz, classica roman Law, Oxford, 1951; Costa, Animus novandi, studi schupfer, I, 50; Scialoia, Le interpolazioni dei testi delle pandette e L'ipotesi d Bluhme; Cornil, cause et consequences de L'apparition tardive de L'animus novandi, mélanges Fournier, 87; Pringsheim, zur Geschichte des animus novandi, studi Arangio Ruiz, 1952, 1, 509; Bonifacio, La novazione nol dirtto romano, Napoli, 1959.

⁽٨١) فون سالبيوس ، المرجع السابق .

novandi شامها التحريف . فلقد مد هوالاء الشراح من نطاق ما أظهره فون ساليموس من تحريفات ، لمدرجة أنه لم يوجد نص لم ينعتوه بأنه محرف بسبب ذكره نيه التجديد (۸۲) .

وخلاصة نظريتهم أن التجديد في العصر العلمي كان ينتج ليس من نية المتعاقدين ، بل من صيغة التعهد الرسمي التي ينطقان بها . فاذا قارنا كتاب النظم لجستينيان بكتاب النظم الحايوس ، فاننا سنلاحظ اختلافاً وحيداً في يتعلق بموضوع التجديد . فالمنصر اللدي يركز عليه جستينيان ، وهو نية التجديد ، يضرب جايوس صفحاً عنه تماماً . ويستخلصون من ذلك أنه ما كان لازماً في عصر جايوس ليس نية التجديد ، وانما الشكل الارتساى المتعهد التجديدى: فالتجديد كان يتوقف ليس على ما أراده المتعاقدان ، بل على ما قالاه وهذه الصيغة التي ينطقان بها، ليست قابلة للتفسر أوالتأويل ، فعناها عهدد مقدماً . ومن ثم فبمجرد النطق بها ، فان أثرها لا يمكن تجنبه ويترتب فوراً .

فشرط نية التجديد ، في تقديرهم ، لا يرجع تاريخه الا إلى جسلينيان الذي أدخله بطريق التحريف ، في نصوص العصر العلمي . ولم يعد الطرفان ، في عصره ، مقيدين بأية صيغة . وفقد التعهد الرسمي قوة الامتصاص التي

⁽۸۲) و يعلن ساليبوس بصفة خاصة ، في مرافقه السافت الذكر س ۱۸۹ ، أن نية التجديد أصبحت شرطاً من شروط التجديد ، مقرراً بمتضى الفافون ، ابتداء من الفقيه التجديد أصبحت شرطاً من حمد تحليل التعهد بابينيانوس فقط . وهذا الاصطلاح كان يستخدم الفقهاء السابقون عليه ، بقصد تحليل التعهد التجديدي . أما النصوص التي ذهب ساليبوس إلى أنها عمرفة ، فهي : الموسوعة : ه ٤ ، ١ ، ٨ ، ٢ ، ٤ ، ١ أثر التدنيل الذي أجراء جستينانها واضح بدرجة ملموسة ، أما فيا يتملق بالمدنى نطاق التصوص المخرفة ، فانظر : جو ادينفيتر ، المرجم المشار اليه ، ص ٣٣ ، سالكوفسكي نفس الملاحر اليه من ٣٣ ، سالكوفسكي نفس المرجم المشار اليه ، ص ٣٣ ، سالكوفسكي نفس

كان يتسم بها في عصر جايوس ، كما زالت صيغة الفظية (٨٣). وأصبح يكتفى بالاشارة اليه في عبارات ملونة يتضمنها التصرف القانوني quibuscumque . وسقط المعبار الشكلى القديم ، واستبدل به البحث عن ارادة الطرفين . ومن هنا برزت فكرة نية التجديد بمفردها في مولفات جستينيان التشريعية . وتطلب جستينيان أن تكون ارادة التجديد صريحة ، والا فان التعهد الجديد لن يترتب عليه موى زيادة الوسائل القضائية لصالح الدائن .

ولم يعد التجديد بالتالى تلقائياً ، بل أصبح قصدياً . ولذلك فان جستينيان لم يدع يتكلم في موثفاته المذكورة ، الا لمن يتفق من الفقهاء في كلامه مع توانينه الجديدة . ولم يتردد في ادخال التعديلات اللازمة في كتابات فقهاء المصر العلمي ، إذا اقتضى الأمر ذلك . وهذا هو ما يعلنه صراحة في مجموعة دساتيره : ورغبة منا في تبسيط مسائل التجديد المعقدة ، ومحاولة منا في التخلص من عموض القانون القدم (٨٤)

"novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates).

وهكذا ، يستطيع الدائن أن يشرط قما هو مستحق له قون أن يترتب على ذلك انقضاء دينه وتجديده . فيجانب الحق الجديد الذي يكتسبه بابرامه التعهد الرسمى ، عكنه ، إذا رغب في ذلك أن عنفظ عقه القدم دون مساس. فهذا الحق لا ينقضى و لا يجدد الا إذا أراد انقضاءه وتجديده ، لأن التجديد صار عملا ارادياً . ولم يعد يوجد تجديد بدون نية التجديد .

وليست هذه هى النقطة الوحيدة فى مجال التجديد التى تجاوز فيها الشراح رأى سالبيوس. بل لقد تجاوزوه فى نقطة أخرى أيضاً ، وأخذت أهميتها

 ⁽٣٨) أنظر مرافقنا : موجز نظرية الالترام في القانون الروماني ، ص ٦١ وسايلها .
 (٤٤) محموحة الدساتير : ٤٤ ، ٨ .

تزداد تدريجياً . ذلك أن سالبيوس كان يذهب إلى أنه ليس من الضرورى أن يكون التعهد التجديدى معنوناً ، أى يتضمن الاشارة إلى الالتزام الذى . يرمى إلى أنهائه (٨٥) . ولكن جاء الشراح بعده ، واعتبر الكثيرون مهم أن هذه الاشارة شرط من شروط التعهد التجديدي (٨٦) .

وكذلك فان بعض الشراح ، فى الوقت الحاضر ، يعتبرون هذا العنصر ضرورياً (٨٧) . فوجود شرط العنوان هو اللتى يبرر أثر الانقضاء الذى يرتبه التعهد التجديدى ، دون أى تطلب لنية التجديد (٨٨) .

۲۷ - ولقد تلقفت أفكار سالبيوس ، وطورت . ويرجع ذلك إلى أنها كانت تنفق في غالبينها مع الاعتقاد الذي كان سائداً في مجال الارادة . Voluntas . فالأهمية التي أضفيت على الارادة في قانون جستينيان ، كانت تبرر التحريفات في نصوص العصر العلمي ، عن طريق تضمينها أصطلاح " نية التجديد animus novandi " .

وهكذا انتصر الرأى الذي يمكن عرضه في العبارة العامة التالية : كان التجديد يوسس في العصر العلمي على عنصر موضوعي ، بينما كان يعتمد في قانون جستينيان على عنصر شخصي وهو ارادة الطرفين . بيد أن الارادة ، التي يعترف بأثرها قانون جستينيان ، ليس من الضروري أن يعتر عنها صراحة ، بل على العكس يمكن أن تكون مخالفة للمعنى الظاهري للتعبير ، وهذا وفقاً للرأى الشائع . فكان يتعن القول ، نتيجة لذلك ، أن ارادة التجديد لم يكن من المكن أن تفلت من هذه القاعدة العامة .

 ⁽ه ۸) سالبيوس ، المؤلف السالف الذكر ، ص ١٦٣ ، ص ١٧١ ، ص ١٧٩ .
 (٨٦) ولقد تبنى هذا الرأى فى النصف الثانى من القرن التاسم هشر ، سالكوفسكى ، المرجم السالف الذكر ، ص ه ٩ .

⁽٨٧) أنظر على سبيل المثال : شولز ، المرجع المشار اليه ، ص ٤٨٤ .

⁽٨٨) هذا هو رأى بونيفاتشو ، المرجع السالف الذكر .

ولقد كان من السهل على الفقه برنجشم Pringshein (۱۹۸) ، أن برز عدم وجود تناسق بن هذه الأفكار ، وأن بثبت أنه إذا كانت الارادة هي أساس التجديد في قانون جستيبان ، فانه كان يتعين مع ذلك أن تكون اردة قد عبر عبا صراحة . وأضاف (۱۹) أن عنصر النية animus ، باعتبارها ارادة داخلية يتعين الاعلان عبا من طريق التعبير عسب قواعا قانون جستينيان ، لا ينتمى إلى هذا القانون ، لأن جستينيان يتطلب ارادة صرحة ، وليس من أصل يرجع إلى العصر العلمي ، لأن الرومان ما كانوا يقيمون وزناً للنية ، بل يرجع إلى عصر الامراطورية السفل ، وهو على يعبدون وزناً للنية ، بل يرجع إلى عصر الامراطورية السفل ، وهو على العمر العمر على يد هذه المدارس ، على نقيض ما جرى عليه العمل . ولقد قام جستينيان على العكس بتجميع ما أسفرت عنه مقتضيات الحياة العملية ، وحررها من عبء الشروط الحاصة .

هذا ولقد كان سالبيوس سباقاً في القول بأن الأفكار الموجودة في كتاب النظم لجستينيان تفسر بطريقة غير صحيحة القانون الروماني في العصر العلمي (٩١). كما أن واضعى مجموعات جستينيان التشريعية نسبوا إلى فقهاء العصر العلمي أفكاراً ، صحيح أنها كانت توجد في مؤلفاتهم ، ولكن لا يرجع أصلها التاريخي المهم (٩٧) .

۲۸ – ويبدو أنه من الصعب الانضام إلى الآراء التي سبق امجازها عن عنصر نية التجديد ، وعن تاريخ التجديد بصفة عامة . فلا يمكن التسليم بأن الأثر الانقضائي للتجديد يعود إلى القوة الشكلية التي كانت للتعهد الرسمي ،

⁽٨٩) بربخشيم ، المرجم السالف الذكر ، ١ ، ص ٥٠٩ .

⁽۹۰) أنظر :

Pringsheim, Ynimus in roman Law, in "Law Quart. Rev.", 49, 1933, 43.

⁽٩١) سالبيوس ، المرجم السالف الذكر ، ص ٢٥٦ .

⁽٩٢) أنظر أيضاً ؛

Pringsheim, Animus in roman law, in Gesamm. Abhandlungen, 1, 361, 365.

مثله فى ذلك مثل الاشهاد على الخصومة litis contestatio ، فوقعًا لهلما الرأى ، كان التعهد الرسمى عبارة عن تصرف قانونى ينشىء علاقة الزامية لها مضمون معين ، ويقضى عن طريق قوته الانشائية ذائها ، على علاقة سابقة لها نفس المضمون : وعلى هذا النحو يتحقق التجديد .

فلقد سبق أن أوضحنا أوجه الاختلاف ما بن التعهد الرسمى والاشهاد على الحصومة ، مما دفعنا إلى القول بأن تشبيه أحدهما بالآخر لا يستند على أى أساس سليم .

أما فيا يتعلق بالأهمية الكبرى التى أضفيت على الشرط الحاص بكون التعهد التجديدى معنوناً ، فانه من السهل الرد على ذلك . فهذا الشرط المزعوم لا يستخلص من المصادر . فهى ترتب فقط بعض النتائج الحاصة على كون التعهد الرسمي معنوناً (٩٣) .

وبالنسبة لما يو كده الشراح من أن الاشارة إلى نية التجديد animus مى من تحريفات جستينيان ، فاننا نرى أن هذا الرأى صحيح فى كثير من الأحيان ، ولكن ليس بصفة دائمة . ولا يعتبر حجة منطقية ، القول بأن وجوب فكرة من الأفكار يستخلص من تكرارها فى النصوص.

⁽٩٣) راقد لاحظ سالبيوس من قبل أن النصوص تمالج التبهد الرسمي بلامبالاة بما إذا كان معنوناً أو غير معنون . وبالنسبة لفمرورة العنوان ، فلم يتمكن أحد من اثبات ذلك ، مستنداً على أدلة قاطعة . ولا يمكن أن يقال أن ماصرضه "سالكرفكي" (المرجع السالف الذكر ، ص ، ٥)، يتضمن حجباً مقنعة كما أن الحجة التي ساقها رابل : Rabel, scritti milanesi Ferrîni 1949, 4, 218 كل ساقها رابل : تشر قطماً إلى التمهد المعنون ولما بعض الأهمية، هي : الموسوعة : ٢٤ ، ٣ ، ٣ والتصوص التي تشر قطماً إلى التمهد المعنون ولما بعض الأهمية، هي : الموسوعة : ٢٤ ، ٣ ، ٣ ، ٣٢ ؛ ٨ ، ٣ ؛ ٨ ، ٣ ، والايستخلص مبا شرطعام متملن بنكرة العنوان .

فطريقة التحريف توكد أن مبدأ الاستنتاج عن طريق الاستدلال ، وهو المبدأ المنتقد هنا ، ليس سوى دليل تمهيدى يتعن اثباته . وعلى كل حال ، فانه توجد بعض النصوص التي يرجع أصلها إلى العصر العلمي وتتضمن الاشارة إلى سبب التجديد Causa novandi ، أو نية التجديد an'mus novandi

كما أن الأمور لم تصبح فى وضع أفضل عندما نسب التحريف إلى علماء من المدارس الشرقية . وتوجد حجج جادة تحول دون أخذنا بهذا الرأى . فلا مكن الاعتقا دبأن واضعى مجموعات حستينان التشريعة ، ولا سياكتاب النظم ، كانوا مجهلون نظرية قريبة مهم لهذه الدرجة . والحق أن فقه تريبونيانوس Tribonianus كان من الشهرة ممكان . ولا ممكن التسلم بأنه قام ببسط أفكار تنسب إلى القانون الروماني فى العصر العلمى بينا كان مجهل تلك الأكثر قرباً منه (45) .

وإذا كان تحريف نية التجديد يقصد معنى آخر غير المغى الذى يبتغيه اصلاح جستينيان ، لنجم عن ذلك وضع متناقض ، يكون التأكيد فيه على نبة التجديد ، وهو مصر فى هذه الحالة ، يعلو على الاشارات الصريحة إلى الارادة الخاصة voluntas specialis . ولقد ذكر اصلاح جستينيان بصراحة ثلاث مرات ، بينا ذكرت نية التجديد animus novandi أو تصرف التجديد 1 معل سمو نبة أو تصرف التجديد على سمو نبة التجديد على المع نبة التجديد الما على سمو نبة التجديد الما .

ويوجد تعبير "نية التجديد"، وما يشابهه ، في موَّلَفَات لها طبيعة غاية في التنوع : ليس فقط في كتابات بابينيانوس وشروح أولبيانوس وبولص ،

⁽۹٤) فبستنیان بمتلح فقه تریبنیانوس ، ویظهره بدرجة کیره ، کا فی دستور : ۱ ، ۱ ، ۱ ، ۷ ، ۷

⁽٩٥) يظهر اصلاح جستينيان في ستة نصوص فقط .

بل وكذلك فى مؤلفات جافيلونوس ، وبمبونيوس ، وسلسوس ، وفنيلييوس ، وفى كتابات لها طابع فردى محت (٩٦) .

ولا يمكن تصور أن كل هذه المؤلفات كانت موضوعة تحت تصرف مدارس عصر ما قبل جستينيان ، اما بسبب الأهمية الضئيلة لبعض منها ، وإما بسبب قانون الأسانيد . وعلى العكس ، فان استعمالها ، والتحريفات المحتملة التي أدخلت علمها ، يمكن أن يفسر جيداً إذا ما وضعت في علاقة مع تدوين الموسوعة . ففضل تربيونيانوس ينحصر في الحقيقة في انقاذ المديد من المؤلفات من الاختفاء التام .

وكثيراً ما أشير إلى نية التجديد بلا طائل أو من قبيل الحطأ (٩٧) . ويرجع ذلك إلى الإدراج الآلى عند تدوين مجموعات جستينيان التشريعية . ولم يكن ذلك مرده إلى فعل دارسين يعملون فى هدوء .

٢٩ – وواجبنا الآن ، على ضوء ما تقدم من آراء ، أن نعيد تقدير
 نية التجديد من الناحية التاريخية (٩٨) . والقضية الأولى التي يتعنن البدأ

[&]quot;Si quis absente me a debitoe rmeo stipulatus est novandi animo, ego postea ratum habuero, novo obligationem,,

فلقد نسبت ارادة التجديد هنا إلى أجنبى ، وهو مالا يجوز قانوناً . والصواب هو أن النص الأصلى قبل نقله كانينسب هذه الارادة إلى الممترف به قانوناً ، أبى الدائن . وليس سمسهاً كذلك ذكر فية التجديد فى : الموسومة : ١٣ ، ٢ ، ٢ ، ١ (الشطر الثاني) .

Frezza, Animus novandi, st. Biondi, 1, 227. : أنظر (٩٨)

بدراسها هي معيى نية التجديد animus novandi في الهيكل العام للتجديد. فلقد سبق القول بأن نظام التجديد كان من ابتداع الفقه ، الذي استخدم التعهد الرسمي هنا ، كما في مواضع أخرى ، لتحقيق غاية لم يكن القانون المدنى القديم يرعاها (٩٩) . والغاية هنا هي أن بجمع في عملية واحدة انقضاء علاقة سابقة ونشوء علاقة جديدة ، عيث يمكن بجنيب الدائن خطر انقضاء الالزام الأول بدون أن يم نشوء الالزام الثاني بسبب امتناع المدين صحيح أن الدائن كان لديه في مثل هذه الحالة بعض الوسائل المدنية أو المرتورية ، كدعوى الاسترداد Condictio ، أو دعوى التدليس وهكلما ترز فائدة التعهد التجديدي الأصلية .

٣٩ ــ ومما لا شك فيه أن هذا الوضع التجديد تسوده في الواقع ارادة تحقيق الأثر الانقضائي ــ الانشائي الذي قمنا بشرحه . ورغم أن هذه الارادة توجد لدى الطرفين كقاعدة عامة ، الا أن هناك استثناء لورد علمها ، وهو أنه يمكن لمدين جديد أن عمل عمل مدين قديم دون حاجة لرضائه ، وذلك في الصورة التي يطلق علمها الشراح المحدثون اسم التعهد بالوقاء expromissio (١٩٠) . وبسبب الأهمية المتواضعة لهذا الاستثناء ، قانه سيقال دائماً ، لتبسيط الأشماء ، أنه لابد من اتفاقي بالتجديد .

والمشكلة التي كان يتعين على الفقهاء الرومان حلها هي البحث عن طريقة لاضفاء صفة قانونية على الاتفاق بالتجديد . وصعوبة الاهتداء

⁽٩٩) ينسب التجديد إلى أصول سميقة في القدم . أنظر على سبيل المثال :

Meylan, La réforme just de La novation, Acta congr. iurid. intern., 1934, 1, 279.

ولا يمكننا أن تنشم إلى مثل هذا الرأى .

⁽١٠٠) أنظر . Windscheid, Pandette, 2, 353, P. 371, tr. it . وكما هو معلوم ، فان الكلمة اللاتينية expromittere أم من المعنى الموجود في المثن بكثير .

إلى حل تكن فى كيف بمكن وضع الاتفاق فى شكل ملائم للقانون المدنى ius civile . ذلك أن القانون المدنى لم يكن يعترف بالاتفاق فى حد ذاته . فلجأ الفقهاء إلى التعهد الرسمى . ومع ذلك ، نجمت عن محاولة ملائمة نظام التعهد الرسمى لتحقيق التجديد صعوبات شخصية ، وأخرى موضوعية .

فن الناحية الشخصية ، عكن للتعهد الرسمي أن عتص في ذاته اتفاق التجديد ، دون حدوث تغير في الطرفن . ولكنه لا يستطيع ذلك بالنسبة لاتفاق للانابة الانجديد ، يكون الاتفاق على التجديد عنله بالشرورة عن التعهد التجديدي من حيث الأشخاص . فلا التفاق يبرم بين الدائن المنيب والمدين المناب . ويتحم انعقاده ، لأنه لا عكن اجبار المدين على التعهد Promitter على الضروري المنين على التعهد معانونا . فصادخة الغير (١٠١) . فن الضروري أن يتحقق الاتفاق بين هدين الهرفين ، الذين بصفهما دائناً ومدينا ، يستطيعان وحدهما ابرامه قانونا . ولللك يظل المناب لديه أجنبياً عن هذا الاتفاق . صحيح أنه محاط علماً به ، بيد أنه يبقى في وضع الخبر (١٠٠) . هول المتكس ، فان التعهد التجديدي يبرم بين المدين المناب ودائن جديد وهل المتكس ، فان التعهد التجديدي يبرم بين المدين المناب ودائن جديد هو المناب لديه . ويقترض وجود اتفاق أولى بيهما ، ولكنه لا يتطلب للااته

وهناك اعتبارات مماثلة تنطبق على الانابة السلبية . فطرفا الاتفاق على التجديد ، أحما هما في الحالة السابقة ، أى الدائن والمدين ، مع نعتهما مناب للديه ومنيب . وطرفا التعهد الرسمي هما الدائن ومدين جديد ، مع نعتهما ممتاب لديه ومناب . ويعتبر ثانوياً ، وبلون فائلة بالنسبة للتجديد الاتفاق على الانابة بالنسبة المدينين .

⁽۱۰۱) يمكن أن يجبر المدين ، solvere بالوفاء solvere الضخص غير الدائن . يبد أنه تتمين موافقته ، إذا ماطلب منه أن يتعهد promittere عن طريق التعهد الرسمى ، الآن هذه المطالبة تتعلق بعمل ليس من بين التراماته .

⁽١٠٢) أنظر تفصيلات أخرى في : الموسوعة : ٢٤ ، ٢ ، ١٩ . .

ويكمن سبب عجز التعهد الرسمى عن تضمنه الاتفاق على التجديد ، في شكله . فهو يتم عن طريق استخدام الألفاظ Verba المقررة التي ينطق بها الأشخاص الذين يقومون بوظيفة الدائن والمدين ، ومن ثم لا يستطيع المنيب النطق بها .

وفيا يتعلق بالناحية الموضوعية ، فان صعوبة ملائمة التعهد الرسمى المتجديد تعود إلى طبيعته ذاتها . فالتعهد الرسمى عقد ، أى مصدر من مصادر الالتزام . ولكن فى نطاق التجديد ، يتعين عليه أن يشغل وظيفة ليس فقط انشائية ، بل وكللك انقضائية .

٣١ - ولقد صادف الفقه ، وهو يواجه الصعوبات السالفة الذكر ، عدة عقبات الرمته طريقاً معيناً لاتباعه . فهو لم يكن يستطيع أن يأخذ في عن الاعتبار ، الاتفاق في ذاته ، لأن القانون المدنى لم يكن يسترف به ولم يقرر وسيلة لحايته . كما أنه لم يكن في مقدرته أن محول الاتفاق إلى تعهد رشمي . stipulatio ، مجعل هذا الأخير معنوناً . فلن يكون لهذا الأمر أى معنى . فالمعنوان بذكره العلاقة السابقة ، لم يكن يستطيع أن يودي في حالة الانابة أن شرعية لم تكن للطرفين المتعاقدين . كما أنه لم يكن في مقدرته على أية حال أن مجمل من التعهد الرسمي وسيلة لانقضاء الالترام . ففكرة العنوان هي مجرد توضيح لمضمون الموضوع demonstiatio . وهي على هذا النحو ، ليس لم قيمة قانونية ، ما لم تستخدم كميار مطلق لتشخيص . وحتى بالنسبة لهذا الخالة ، فانها تكون شرطاً لصحة التعهد الرسمي في ذاته ، وليست شرطاً لصحة التجديد (١٠٢) .

⁽۱۰۲) وفكرة المدوان يمكن أن تكون عامة أو خاصة . ففي حالة المدوان العام يتضعن الموضوع nomen أسماً nomen م وهو العنصر الوحيد لتشخيص محل الالتزام . ومن هنا تمهم قيمته التي لا يمكن استبدالما . ولنلاحظ من ناحية أخرى ، أهمية العنوان عنه تجديد علاقة من علاقات حسن النية ،وعلى وجه التحديد تجديد الترامات الباتم فيمكن السرد التفصيل للأدامات. تت

ولم يبق أمام الفقه سوى طريق واحد لتفادى هذه الصعوبات والعقبات ذلك أن التعهد الرسمى ، وان كان هو مصدر الالتزام الجديد ، غير أن هذا الالتزام يرتبط ، من حيث مضمونه ، بالتزام سابق . والعلاقة بين الالتزامين وثيقة لمدرجة أن مضمومهما مبائل في شطره الأكبر ، ومختلف في شطره الأكبر ، ومختلف في شطره الأكبر . وهذا يثبت أنه ، تجنباً محرد التكرار المحض ، تظهر الرغبة في ادخال تغيير ، أي استبدال الالتزام الأول بعد تعديله بالتزام آخر . بيد أن التعهد الرسمى ، تحصدر لالتزام جديد ، هو أيضاً دليل على الرغبة في انقضاء الالتزام السابق . وهذا هو معناه غير المباشر ، وعن ذلك تنشأ قوته الانقضائية .

والارادة ، التي يثبت وجودها أساساً عن هذا الطريق ، لها أيضاً تعبرها الشكل بواسطة التعهد الرسمي ، وهو تصرف من تصرفات القانون المدنى . فالتعهد الرسمي هو اذن تعبير ضروري عن ارادة انقضائية ، ويستخلص مضمونه من العلاقة الموجودة بين الأدائين . وهكذا استخلصت شروط التجديد المختلفة، على أساس الترابط المنطقي فيا بينها وتبعيتها لبعضها البعض، وهي : ارادة التجديد ، والتعهد الرسمي ، والعلاقة ما بين وحدة الدين والمصر الجديد ، والتعهد الرسمي . والعلاقة ما بين وحدة الدين

وهكذا فان كلا من هذه الشروط له تفسيره الحاص به . فالتعهد الرسمى ، نظراً لطبيعته العقدية ، لا يمكن بذاته أن يفسر التجديد . ولكنه يفسره إذا أخد على أساس أنه مجرد المارة على وجود الارادة والعلاقة ما بن وحدة الدين والعنصر الجديد dem debitum-aliquid novi يبدو أنها

⁼ و محن بدلا من ذلك الاستمانة بشكرة السوان كا في المثال الآتى وهل تمد بالقيامها معاجب عليك بسبب بهم أرض كور ثيليا ؟

[&]quot;quidquid propter venditionem fundi C. te dare facere oportet, spondes ? ويتمين منونة الأداء بعنوان مناسب . والعنوان يتعلق بالأعمال المنشئة للالتزام ، ولكند لا يعتبر شرطاً من شروط التنجلية .

شرط مصطنع وتحكمى، إذا لم تفهم على أنها ظرف يستدل منه ، من الناحية الموضوعية ، على استبدال الأداءات ، وليس على الجمع بينها .

ويفسر الاعتراف غير المباشر والافتراضي لارادة التجديد ، الالتجاء للى نية التجديد ، من المكن animus novandi . ذلك أنه لم يكن من المكن الاعتراف بالارادة بطريقة مباشرة ، بل من خلال التعهد الرسمي يودى ومن ثم ، لم يكن يوجد تصرف خاص بالتجديد ، بل تعهد رسمي يودى وظائف التجديد ، كا هو الشأن بالنسبة للهبة . فالتعهد الرسمي هو اللي كان يتعن أن يكون معنوناً . ولهذا كان يقال أن الواعد يعد أو يتعهد ، بسبب التجديد novandi causa أو بنية التجديد الله كان هناك والحق أنه لو كان التجديد عثابة تصرف قانوني قائم بذائه ، لما كان هناك أي معنى للحديث عن التصرف القانوني الذي يتم بنية التجديد التحديد

novandi animo . فالنية animus تستخدم بمثابة عنصر ممبر، حيبًا لا يكون لتصرف قانوني في ذاته معنى واحد . وهذه الحالة تنطبق على التعهد الرسمي .

. ٣٧ _ وبجب التسليم بأن الفقه ، بتحليله التجديد على النحو ، استطاع أن نخلع عليه مجر د الشكل ويطهره في هذاالحال . أما من الناحية الموضوعية ، فلقد ظلت دائماً الفكرة التي يتضمنها ، والقائلة بتحقق الأثر الانقضائي بناء على محرد الارادة ، ولس نتيجة لشكل ملائم ، تعتر مخالفة لأحكام القانون المدنى . فاستخدام التعهد الرسمي محافظ على المظهر ، لا على الجوهر . ويكمن هنا تفسير الرأى الذي قال به الفقيه سرفيوس والذي أشار اليه الفقيه جابوس (١٠٤) . فالفقيه سرفيوس يقرر أن التعهد المعلق على شرط stipulatio sub condicione يقضى الالتزام القديم حتى ولو لم بتحقق الشرط. ويرتب نفس النتيجة على التعهد غير الصحيح stipulatio a servo وسدو أن علة هذا الرأى تكمن في أن التعهد الرسمي ليس له ، في جانبه السلمي ، سوى التعبير غير المباشر عن ارادة الانقضاء وبمكنه بكل تأكيد أن محتفظ سهاره القيمة ، حتى ولو لم يتضمن أى معنى جوهرى ، كما هو الشَّانَ في الحالتين السالفتي الذكر . ولم ينتصر رأى الفقيه سرفيوس ، رعما بسبب أنه لا يبدو مطابقاً لدقة القانون elegantia inris الى تأبى أن يكون للتصرف القانوني غير نافذ المفعول أو الباطل أي أثر . وأكنه يبرز مع ذلك الحصيصة الرئيسية للتجديد ، وكذلك عيبه في نظر أحكام القانون الملبقي (ه ۱۰) .

^{.: (}١٠٤) النظم : ٣ ، ١٧٩ ، وأنظر أيضًا :

Koschaker, Bedingte nova und Pnito actum, Festschr. Hanausek, Graz, 1925, 150; Frezza, Le garanzie delle obbligazioni, 1, Padovae, 1962, 115.

⁽۱۰۵) أنظر :

De Martino, Le garanzie personali dell' obbligazione, Roma, 1940, 78; sanfilippo, Dubbi, e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla, annali sem. giur. catania, 3, 1949, 225, Frezza, L.C.

ومن ناحية أخرى ، فان هناك ظروفاً تترجم التلاوم الذى تولد عبد التجديد . فالتمهد الرسمى ، باعتباره عملا مجرداً ، كان محتفظ باستقلاله بالنسبة للغابة التي يرمى البها ، وان كان يتعن عليه مع ذلك أن محقها . فهو يظل صحيحاً ، حتى ولو لم يتحقق التجديد، وهذا ما محدث عندما يكون الالتزام الأول Prior obligatio بالضرورة الرابطة بن انشاء العلاقة الجديدة وانقضاء العلاقة القدمة ، بالضرورة الرابطة بن انشاء العلاقة الجديدة وانقضاء العلاقة القدمة ، بل يمكن القول بأنها تحدث عرضاً . وعلى أية حال ، فانها لا تنتظمها قاعدة وضعت خصيصاً للتجديد .

وهكذا ، فان التجديد يوضع بن الصور الى ابتدعها الفقه ، مستخدماً نظماً موجودة من قبل ، ومزوداً بنظام لم يتعرض الشطر الأكبر منه التغيير ويكفى أن نتذكر كذلك الوصية بطريقة السبيكة والميزان testamentum . وألمن أن نتذكر كذلك على عكس طبيعها ، بسبب اشتقاقها من الاشهاد mancipatio . وألهبة فيا بين الأحياء من الريق تصرفات قانونية غاية في التنوع. والهبة المضافة إلى ما بعد الموت مستعرفات متقى وظيفها بالالتجاء إلى inter vivos فيا بن الأحياء من الموت نصرفات فيا بن الأحياء المي نا المنافقة الله بالله الموت نامونية المنافقة الم

۳۷ – وإذا لم يكن للاتفاق أثر مباشر من وجهة نظر القانون المدنى ius civile نب كان من الممكن مع ذاك أن يرتب آثاراً في مجال القانون الريتورى ius honoracium . ففي هذا الحال ، تم الفقهاء تشخيص الأثفاق ، واستخدامه ، مع ايترتب على ذلك من نتائج متنوعة أدى أهمها إلى قبول ما كان يعرف باسم التجديد الريتورى (١٠٦) . فيمكن أن يودى عدم مراعاة الشروط الى يتطلبها القانون المدنى

[:] منها يبدو ، يرجم اسطلاح « التجديد البريتورى ، إلى كونتر أنظر :

Kuntze, obligation und singularsuccession, 1856, 202.

الرومانى ، كلى نشوء الترام ثان صحيح ، دون يأن يترتب على ذلك انقضاء الالترام الأول . وهذا الوضع كان مخالف ما ترى اليه ارادة الطرفين من انقضاء الالترام الأول واحلال الالترام الثانى محله ، أى مخالف ارادة التجديد . ويمكن أن نلاحظ ، من خلال هذه الارادة ، اتفاقاً على الابراء التجديد . ويمكن أن نلاحظ ، من خلال هذه الارادة ، اتفاقاً على الابراء بلاتفاق Prior obligatio فالدفع بالاتفاق المتابع ويدى إلى تجريد الالترام الأول من كل قيمة . ويبقى للالترام الثانى وحده أثره ، فالنتيجة التي تدرب على التجديد تتحقق عن طريق وسائل بريتورية ، كالدفع ، لتنفيذ ما تقصده ارادة الطرفن.

وهناك وضع مماثل للوضع السابق ، ولكنه يعتبر صحيحاً من قبل القانون المدنى ذاته inscivile ، وهو يتعلق بما إذا كانت العلاقة التي يرغب في تجديدها من علاقات حسن النية . فيداً حسن النية يقتضي بالطبع أنه حيها يتعهد شخص ما بقصد التجديد ، فلا يكون صحيحاً أن يتعهد مرتبن . ولذلك لايجوز رفع الدعوى على أساس الالنزام الأول cx. priore obligatione ولا توجد عندئذ الحاجة إلى الالتجاء إلى وسيلة الدفع exceptio .

وزيادة على ذلك ، فان التنظيم الذي وضعه البريتور مكنه الاعتراف أيضاً بالاتفاق على الابراء من الالترام Pactum de non petendo ، في حالات لا يوجد فيها تجديد . والمثال الأكثر شيوعاً ، هو الذي عرضه جايوس (١٠٧) ، على النحو التالى :

والنص الذي كان كونتزيستند عليه هو ، الموسوعة : ٢١ ، ٢٠ .

[&]quot;cum vero genere novationis transeat obligatio fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum".

فالابرأء من طريق الدفع ope exceptions يدعو إلى التفكير في صورة لتجديد ، مجرد من الآثار المدنية .

⁽۱۰۷) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٩ .

يبرم الطرفان تعهداً بسيطاً ، ثم يبرمان تعهداً آخر ، محله نفس الشيء ولكنه معلق على شرط sub condicione . فاذا لم يتحقق الشرط ، فان التعهد الثانى stipulatio يكون غير نافذ المفعول ، ولا يمكن أن يقضى الالازام الأول . بيد أنه من الواضح أن المتعاقدين الذين يتفقان على الأداء المعلق على شرط datio sub condicione لا يريدان الأداء البسيط Pure . فالتعهد الأول يظل صحيحاً لسبب يرجع إلى المنطق الشكلى ، ولكن ليس له أى معنى من حيث الجوهر . إذ يوجد اتفاق ضمنى بعدم المطالبة بالأداء الأول ، ومحميه الدفع بالاتفاق (١٠٨) .

ولقد سبق أن أوردنا العديد من النصوص ، وحلناها ، ونحن نتكلم عن حالات محالفة شرط العنصر الجديد ، وشرط وحدة الدين . وهي تو كد الفروض والأفكار التي ذكرناها الآن . ونضيف إلى ما تقدم أنه يبدو أن الاعتراف بالاتفاق الضمني على الابراء لم يكن سابقاً على جوليانوس . ، فتنسب إلى جوليانوس الفكرة القائلة بأنه يمكن أن يستخلص من مضمون التعهد الرسمي ، اتفاق ضمني على الابراء من الالزام م Pactum de non petendo . (١٠٩) .

٣٣ – ويمكن أن نلخص ما سبق أن قلناه بصدد نية التجديد . لقد أوضحنا أن هناك نوعين من التجديد : التجديد المدنى ، وهو يقوم على تفسير مبنى على قرينة يستفاد مها وجود نية التجديد animus novandi ،

⁽١٠٨) وأثيرت مشكلة عائلة في مجال الانابة . ولكن الحل المقرر في المتن لم يمند علمها ،
كا هو راضح بما جاء هل لسان جايوس . أنظر ، الموسومة : ٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ٢ ، ٢ ، ٢ . ١٠٩)
انظر جوليانوس في ، الموسومة : ٤٥ ، ١ ، ٥٠ ، ١ ، وأنظر أيضاً :
كوشاكر Koschaker ، المرجح السالف اللذكر ، ص ١٥١ . وليس من المستبد أن نظرية جوليانوس صادفت بعض الممارضة . انظر ، النقية بمبرئيوس في الموسومة : ٢١ ، ٢ ، ٤٠ .

ويستخلص عن طريق الاستدلال من تعهد رسمى ، stipulatio،لمضمونه علاقة خاصة بمضمون الالتزام السابق .

والتجديد البريتورى ، ويبنى على تفسير أكثر حرية ، من التقيد بالعلاقة ما بين وحدة الدين والعنصر الجديد idem debitum-aliquid novi للوصول إلى نية التجديد . وزيادة على ذلك ، فان القانون البريتورى ممكنه أن يتغاضى أيضاً عن شرط آخر ، يتعلق بتطلب صحة التعهد الرسمي وفقاً للقانون المدنى .

وهكذا نكون قد أوضحنا الوظيفة التى تقوم بها نية التجديد animus في القانون المدنى . وهذا يسرى على التجديد المدنى بنوعيه ، أى التجديد الشخصى (انجابياً كان ، وهو ما يتم بواسطة تغيير المدائن ، أو سلبياً ، وهو ما يتحقق في حالة تغيير المدين) ، والتجديد الموضوعي . كما أننا قد تكلمنا عن مدي أهمية نية التجديد في مجال التجديد المريتورى .

٣٤ - ونضيف إلى ما تقدم أنه بالنسبة التجديد الموضوعي ، إذا كنا قد بينا أنه لكي يقرر المفسر ما إذا كان هناك تجديد أم لا ، كان يستعن بالقرينة الأساسية القاتلة بأن وجود نفس اللدين القدم مع عنصر جديد الموسطة أن وحدة الدين idem debitum-aliquid novi محلحظة أن وحدة الدين idem debitum عنى وجود ارادة التجديد . لكن يتعن ملاحظة أن وحدة الدين may species أو مثلياً quantitas . فوحدة الدين تعنى وحدة الشيء eadem res على الالترام شيئاً قيمياً eadem res على الالترام شيئاً وما لالترام . بيد أنوجود نفس الشيء eadem res قيمياً فقط . فعندما يكون محل الالترام شيئاً قيمياً eadem به من عناصر موضوعية فقط . فعندما يكون محل الالترام شيئاً قيمياً eadem المناقب على الالترام شيئاً قيمياً eadem المناقب من واقعة أن قطحة الأرض ذاتها ،أو العبد ذاته ، . . النخ ، على الالترام الأول والالترام من الترام ، لا يكون في حد ذاته وحدة المحل eadem res . و مكن أن من الترام ، لا يكون في حد ذاته وحدة المحل eadem res و مكن أن عريق

الإشارة في الالترام الثاني إلى نفس المبلغ الذي الذي كان محلا للالترام الأول .

وأمام هذا التنوع ، فإن المفسر يستطيع بدون شك أن يستعين بالقرينة عندما يكون الشيء الواجب الأداء عينا من الأعيان species . فلا يوجد شخص ما يلتزم في العادة مرتن بنفس الشيء (١١١) . ويقع على عائق الدائن اثبات عكس هذه القرينة عن طريق دليل ملائم . وإذا كان التعهد معنوناً فإن الأمر يكون أكثر يسراً . إذ أن القرينة التي تستخلص منه تكون

⁽١١٠) ولا تكون دليلا مكسيًّا القاعدة المنسوبة إلى جوليانوس والقائلة بأن :

[&]quot;non esse novum, ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant".

أنظر جوليانوس فى الموسوطة : ١٩ ، ١٩ ، ١٩ ؛ وأولبيانوس ، الموسوعة : ٢٦ ، ١ ، ه ، وأفريكانوس ، الموسوطة : ٤٦ ، ٢ ، ١ ، ٢ ، ١ .

[&]quot;duplex obbligatio civilis cum eodem esse non potest".

وعلى العكس فانه إذا كان الشيء الواجب الأداء مثلاً عوامل موجها من قبل عوامل كمبلغ من النقود مثلا ، فان المفسر ، ما دام أنه ليس موجها من قبل عوامل موضوعية ، على أساس روية ذات الشيء eadem res ، فانه ليس ملزما حتى بإعمال استنباطه . ولكن إذا كان هناك دليل على وجود نفس الشيء eadem res ، فان القرينة تصبح قابلة التطبيق . والمدين هو اللدين هو اللدين يتحسين عليه تقسيدم الدليل ، حتى يثبت أن التجديد قسد تحقق وأن الالترام الأول قسد انقضى . والدليسل سيكون ميسراً عليه ، إذا كان التعسسد معنوناً ففكرة العنوان تحظى بقيمسة ملحوظة في الحبساة الواقعية .

وهذه الفروض الأخيرة التي شرحناها ، ليس فى المصادر الرومانية المختلفة مايثبها . بيد أنه ما كان من الممكن أن تكون الصورة فى العصر العلمى على نحو مغاير لما رسمناه (١١١) . ومن السهل التوصل إلى سبب عدم ذكر

⁽۱۱۱) وزيادة في توضيح النظام المبين في المتن ، يمكن قيامه بالنظام اللبي يلمبق على res saepius per damnationem legata . فهنا يفرق أيضاً بين ما إذا كان على الالترام غيثاً قيمياً species أو مثلياً equantitas الرحمة المتحقق مرة واحدة فقط . أما الاحمياء المثلية فقستمق بعدد المرات التي أوصت بها . ولكن السنين ، أي الوارث أن يثبت أن الوصية الجزئية الوقل ، (وهذا أن يثبت أن الوصية الجزئية الاولى ، (وهذا أنطونينوس بيوس هذا النظام ، مقرراً أن الاشياء المثلية aquantitas تستحق هي أيضاً مرة واصدة ، مالم يثبت الموصي اليه اوادة الموصي التي كانت تتجه إلى تكرار الوصية الجزئية (أنظر أو لبيانوس في الموسوعة : ٣٠ ، ٣٠ ، ٢٠ ، ٣٠ ، ٣٠ ، ٣٠ ، ٣٠ والقامدة التي مرضها سلسوس هي الاكثر موائمة المنطق القانون . ومهما يكن من أمر قان دستور أنطونينوس بيوس قلب صبه الاثبات لصالح المدين أنظر في خلا الصلد .

P. Voci, Diritto ereditario romano, 2,1963, 250; 870.

هذا النظام فى المصادر الرومانية . فالامبراطور جستينيان ، بتعليق التجديد على الارادة الصريحة المعلنة من قبل الطرفين ، جعله يتغاضى عن ذكر هذا النظام ، ويلقى به جانباً .

و يمكن ملاحظة القيمة السلبية لنية التجديد animus novandi ، أى الدواج الالترام بسبب عدم وجود هذه النية ، في العلاقة ما بين الالترام الناشيء عن حكم قضائي cobligatio iudicati ، والتعهد بتنفيد الحكم cautio iudicatum solvi (وهو الوسيلة التي كان يلجأ الها المريتور لاجبار الملحي عليه في الدعوى العينية على التعهد بتنفيذ ما محكم به (١١٧) . وعجرى التعهد مبلغاً مساوياً لما يحكم به :

tantam pecuniam, quantam... iudicatus erit

و يمكن أن تثور ، بسبب هذا الشرط ، المشكلة المتعلقة بما إذا كان obligatio iudicati التعهد cautio عجدد الالترام الناشىء عن الحكم القضائي التجديد بسبب أن التعهد Cautio يسبق ، من حيث الزمن ، الالترام الناشىء عن الحكم obligatio iudicati

ولكن إذا سلم برأى سلسوس القائل بامكانية ابرام التعهد التجديدي

⁽١١٢) أَنظر موَّلَفنا : والنظرية العامة للالتزام في القانون الرومانية يَّ ، ص ٧٠ .

stipulatio قبل نشوء الالترام الذي يزمع تجديده (١١٤) ، فانه تتورمشكالة جديدة : كيف يمكن تجنب التجديد في حالتنا هذه ، حتى لا نتجاهل الحاجة obligtiao indicati المملية الواضحة بأن الالترام الناشيء عن الحكم القضائي Cautio iudicatum solvi الا ينقضي مقدماً بواسطة التعهد بتنفيد الحكم وجود نية التجديد ولقد كان أولبيانوس يستبعد التجديد بسبب عدم وجود نية التجديد animus novandi

"Celsus ait iudicatum solvi stipulatione actionem iudicati non novari, merito, quia hoc solum agitur ea stipulatione, ut sponsoribus cautum sit, non ut ab obligatione iudicati discedatur".

يعلن أولمبيانوس أن أسلسوس يقول : إن التعهد الرسمى بالوفاء بالشيء المقضى به، لايجدد الدعوى لهذا الشيء . وهذا هو الصواب ، لأن الأمر لا يعدو بالنسبة للتعهد سوى الحصول على ضهان وليس التنازل عن الالتزام بالشيء المقضى به ؟ .

واضح أن مصدر كل من الالترامن عنلف . ومن ثم تنحقق المناصر الموضوعية للتجديد . بيد أن التجديد لا يتحقق لعدم وجود نية التجديد . animus novandi . وإذا كان قد انتفى التجديد ، فان للدائن دعويين لاشباع حاجة وحيدة . ولكن الوفاء عن طريق احدى الدعويين olutio . يستبعد حق المقاضاة عن طريق الدعوي الأخرى . ex altera .

⁽١١٤) الموسوعة : ٢، ٢ ، ٢ ، ٢ ، ٧ ، ويوجد تجديد بتغيير المدين في المستقبل أيضاً في الموسوعة : ٥، ٢ ، ١ ، ٨ ، ويوضيح ايجاد صلة مايين هذا النص والوصية الجزئية بالإبراء في : الموسوعة : ٣ ، ٣ ، ١ ، ١ ، فائدة تجديد الملاقة التي تنشأ في المستقبل . فالألتزام اللعي يتمين انقضارً تنفيذاً الوصية الجزئية ، يحول يأكله في تعهد رضي

in stipulationem وبالتال accettilat

 " قرائن التجديد في العصى العلمي والتغير الذي ادخله جستتيان بصدد ثبة التحديد .

سبق القول أنه كان يتعنى، فى تقديرنا ، وجود نية التجديد فى العصر العلمى ، باعتبارها شرطاً من شروط التجديد . ولكنها كانت تستخلص من عناصر معينة تتعلق بالشكل وبالجوهر . فكان يسترشد بالقرائن للبحث عن نية التجديد ، ولتفسر العقد ولتجديد آثاره .

ولا تمثل هذه النية الأساس الوحيد للتجديد فلابد أن تجد تعبراً عنها في الشكل الملائم. وهكذا كان الصيغ الفظية التعهد التجديد verba stipulationis ولم تترك للقاضي أثر تجديدى لأنها تجمع ما بين الشكل والارادة . ولم تترك للقاضي كما سيلي شرحه بالتفصيل ، حرية البحث عن هذه النيه ، بل حدد الفقه منذ القرن الأول للامبر اطورية ، وقائع معينة تستخلص منها نية التجديد ، كاضافة أجل أو شرط ، أو حذفه ، أو تدخل ضامن sponsor وفقاً لرأى السابينين (١١٥) .

ولقد استبعد جستينيان البحث عن نية التجديد . وتطلب نية تجديد صريحة . فالنية الضمنية لاتكفيه . ولم يعد يراعى التغييرات المتنوعة التي كان ولا ويستخلص مها قرائن التجديد . ar quo veteris juris conditores . ولذلك زال الباعث على استخدام ما جاء في مؤلفات الفقهاء في العصر العلمي ، والمتعلق بتفسير التصرف التجديدي .

ولم يم هذا التغير الهام الذي أدخله جستينيان في يوم واحد . فاذا كان جستينيان هو الذي أنجزه ، الا أنه قد مهد له منذ أمد طويل بواسطة الفقه القدم . ونعتقد أنه لن يكون من غير الفائدة أن نبحث في المصادر الرومانية لنلم بأصل نشأته وتتابع تطوره .

⁽۱۱۵) أنظر : نظم جايوس : ۳ ، ۱۷۷ - ۱۷۸ ، نظم جستينيان : ۳ ، ۲۹ ، ۳ . رانظر أيضاً : Scialoja, st. in on. di Perozzi, 1925

٣٦ - فهناك نصان متناظران ورد أحدهما فى المشروع الثانى لمجموعة دساتير جستينيان (١١٦) ، والثانى فى كتاب نظمه (١١٧) . وهما بمثلان الأساس الذى نعتمد عليه لاستقاء المعلومات فى هذا الصدد . ولنبدأ بدراسة النص الأول وهو يتعلق بلستور صادر فى ٢٢ من يوليه سنة ٣٠٠ ميلادية، أى قبل تدوين كتاب النظم والموسوعة ، وهو اللستور : ٨ ، ٤١ ، ٨ :

"Novationum nocentia corrigentes volumina et voteris iuris ambiguitates resecantes, sancimus,si quis vel aliam personam adhibuerit vel mutaverit vel pignus acceperit vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit vel condicionem seu tempus addiderit veldetraxerit vel cautionem iuniorem acceperit vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditiores introducebant novationes, nihil penitus priori cautelac innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illus accedere, nisi ipsi specialiter remoserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. L'Et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis sxprimatur, ut sine novatione quod solito vocabulo doβaræbræs dicunt, causa procedat: hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire".

يعلن جستينيان :

الرغبة فى تبسيط مادة التنجديد ، التى كانت معقدة للغاية من قبل الفقهاء ، ومحاولة منا ازالة كل مظاهر نحوض الفاية من قبل ، قررنا أنه حيباً بريد أحد الأفراد، ازاء الترام منعقد من قبل ، أن يلخل شخصاً جديداً ، أو يغير واحداً من هولاء الذين تلخلوا من قبل ، أو يتلقى ضهانات ، أو يزيد أو ينقص الالترام، أو يضيف شرطاً ، أو يعمد أو يقرب أجلا ، أو يستبلل السند ، أو أخراً ، يقوم بأى اجراء

^{ٔ (}۱۱۱) عجموعة دساتير جستينيان ؛ ۸ ، ۱۱ ، ۸ .

⁽١١٧) نظم جستينيان : ٢ ، ٢٩ ، ٣ ، أ .

من الاجراءات التي تودي إلى التجديد ، وفقاً المشرعين القداي ، فإن السند الأول يظل صحيحاً ، ولكن يعتبر ما اتفق عليه ثانية بمثابة إضافة للالترام القدم ، ما لم يتخل الطرفان صراحة ، عن طريق اتفاق خاص ، عن الدين الأول ويقولان أنهما يقصدان احلال الالترام الجديد مكان الالترام القدم . المنحن نضع اذن القاعدة العامة بأن التجديد يتحقق فقط بواسطة ارادة المتعاقدين وليس بقوة القانون . فليس هناك حاجة إلى الاعلان بعبارات صريحة أن الشيء يقدم دون يجديد ، وهو ما يعبر عنه عادة بعبارة "بدون تجديد ؟ . كا يقال في اللغة الاغريقية: لأننا نريد أن يكون ذلك [أي كمات خاصة (١١٨) ؟ .

واضح أن فاتحة هذا الدستور تنضمن اشارتين تاريحيين، مما يوُّكك اصالها وصحها ، لأنها تتعلق بسرد تاريخي لنظام ينوى جستينيان استبعاده

فهى تشر أولا إلى أن معالجة موضوع التجديد ابان العصر العلمى كانت تثير خلافاً حاداً بن الفقهاء ، ومحيطها اللبس nocentia volumina، والمنموض التي تتعلق ambiguitates . وهى تبن ثانياً عدداً من الفروض التي تتعلق بالتجديد، ويستفاد مها قرائن التجديد. وهذه تحتاج إلى بعض الشرح

يقول جستينيان في دستوره أنه وجد من الأصوب الفاء تعقيدات الفقه القدم في مجال التجديد . ويتعن أن نبرز هنا أنه لا يقصد بتعير الفقهاء الفله القدام ، الذين قد نسبت نظرياتهم من قبل ، محيث أنه لم تعد هناك أية حاجة لالفائها. بل هو يعني بالأحرى فقهاء العصر العلمي،

⁽١١٨) ومخصوص الطرق المتنوعة نفهم الدستور ، أنظر :

Von Salpius, Novation und Delegation nach rom Recht, Berlin, 1864.

وعلى الأخص أو لبيانوس وتلاميده، وبولص وتلاميده، حيث أنهم كانوا أكثر قربا، من الناحية الزمنية له، وكانت نظرياتهم مازالت ساريه. وهؤلاء الفقهاء، كما يعلن جسننيان، كانوا على اتفاق فيايتعلق باستنزام نية التجديد ناستنزام نية التحديد فيها بينهم حول معرفة الحالات التي يعتبر فيها الفرد يتصه ف بقصد التجديد، وحول القرائن التي يمكن استنباطها من عتلف الفروض. ولكن ما هي هذه القرائن ؟ يقوم جسننيان بتعدادها في دستوره، فهو يعلن فيه أن الفقه كان يقرر تحقق التجديد، الوصول تتيجة لوقائع معينة ، مثل تدخل شخص جديد في العلاقة الالترامية ، أو إنساء رهن أو كفالة ، أو زيادة أو اضافة شرط أو أجل أو حدفه ، أو إنشاء رهن أو كفالة ، أو زيادة الالترام أو نقصة ، أو استبدال السند ، أو أى اجراء آخر تستقى منه نية التجديد .

وهذا التعداد محيطه بعض اللبس ، وعدم الدقة ، بما يوحى الى الاعتقاد بأن جستينيان حمع خليطا من الآراء المستقاة من كتابات فقهاء ينتمون إلى مدارس متباينة ، لأنه كما نعلم ، لم يكن الفقهاء القدامى على اتفاق في هذا المحال . وربما كان جستينيان ، في هذا التعداد ، يكرر بطريقة غير كاملة نموذجا للعرض اتبعه تيوفيلوس ، الأستاذ بمدرسة القسطنطينية غير كاما ، على نحو أكثر ايداعا .

فما لاشك فيه أن انشاء الرهن قد ذكر بطريق الخطأ. إذ أنه يضاف الى الرابطة القانونية التي يكفلها. ولكنه لا يستبدلها بغيرها ، أو بتعبير آخر لا بجددها . كما أن جستينيان نظر إلى الزيادة والنقصان فى الدين بنظرة متساوية . غير أن تيوفيلوس ينكر على التمهد الرسمى اللكي يكون موضوعه ديناً أقل من الدين الأصلى ، امكانية تحقيق التجديد . وكذلك فان عبارة مستبدال السند accipere cantionem inuiorem واضحة بدرجة كافية . وعكن القول بأن لفظ « cautio » ، محسب اللغة القانونية بدرجة كافية . وعكن القول بأن لفظ « cautio » ، محسب اللغة القانونية

Theophilus, 3, 29, 3: : أنظر : (١١٩)

المستعملة في عصر جستينيان ، كان ينصرف إلى الوثيقة التي تنضمن النعهد الرسمى . بيد أن هذه الوثيقة توجد في جميع الفروض التي ذكرها النص (باستثناء الرهن) . ولا يعرف سبب اقامة اعتبار "لا ستبدال السند accipere cautionem iuniorem في ذاته . وفي الحقيقة ، فان التجديد يتحقق اما لأن تعهداً Stipulatio يستبدل بتعهد آخر مع بعض التعديل ، أو بسبب احلال التعهد محل علاقة من طبيعة أخرى ، دون ادخال أي تعديل . وهذا الفرض الثاني هو ماترى اليه ، في تقديرنا ، عبارة استبدال السند accipere cautionem iuniorem .

وترد جميع حالات التجديد السائفة الذكر إلى العصر العلمي ، كما سبق القول . وهذا الأمر ثابت بدرجة لاتدع مجالا للشك . ويوكد جستينيان ضمناً أن تعداده ليس على سبيل الجصر . فهو يردف قائلا أو القيام بأى أجراء آخر vel aliquid secerit .

وهكذا كان التجديد ينشأ في حميم هذه الحالات كتنيجة طبيعية ومفترضة بقوة القانون في العصر العلمي . فالدائن الذي كان بجرى هذه الأعمال ، كان يفترض أنه يتصرف بنية التجديد . وهو كان يستطيع بدون شك أن يستبعد قرينة التجديد ، ومحتفظ بدينه القدم مجانب الدين الجديد ، بيد أنه كان يتعن لذلك أن يتفق عليه عن طريق شرط خاص .

ولقد تغير الحال في عهد جستينيان . ذلك أنه عندما كان الدائن ، في المصر العلمي ، يشرط ما هو مستحق له ، كان يمكن أن يفترض أنه يقصد التضحية محقوقه القديمة مقابل المزايا الجديدة التي يكتسها عن طريق التعهد الرسمي ، اللدي كان ما يزال قوياً وفعالا . بيد أن غالبية هذه المزايا المختف في عهد جستينيان . فالتعهد الرسمي كان ضعيفاً وفي طريقة إلى الزوال . ولم يعد ، في العادة ، سوى مجرد أداة لإثبات دين موجود من قبل وتأكيده . ومنذ ذلك الوقت ، كان يتعين أن يفترض وجود نبة تأكيد الدين ، لا التنازل عنه ، لدى كل دائن يبرم تعهداً رسمياً مع مدينه .

تلك هي بلا شك مبررات صدور دستور عام ٣٠٠ الذي ذكرناه عالياً . فبعد استعراض تارخي ، عدد جستينيان فيه الفروض المختلفة التي اعتبرها الفقه القديم قرائن تجديد ، يقرر بأنه في كل فروض التجديد لا يمكن انقضاء الالتزام الأول prior obligatio إلا إذا أعلن الطرفان رغبهما في ذلك صراحة ؛ وفي حالة عدم وجود هذا الاعلان الصريح ، فاننا لا نكون بصدد تجديد ، وانما بصدد اضافة التزام جديد إلى الالتزام القدم اللدي يظل قائماً .

ويبرز البند (١) من الدستور الحكم الجديد الذى وضعه جستينيان ، ويوضحه بالاشارة إلى الجانب التاريخي مرة أخرى ، وهو يتعلق هذه المرة عا جرى عليه العمل في ظل الامبز اطورية الشرقية . ويستنتج ذلك من العبارة المدونة باللغة الاغريقية .

وعرض جستينيان هذا ، اللدى ورد فى دستوره ، يستحق كل اهمام، ليس فقط بسبب المعلومات التى يقدمها لنا مخصوص ما جرى عليه العمل (فلقد كان من الممكن معرفها بطريق آخر) ، بل وكذلك لاصراره على قيمة الارادة الصريحة . فهى وحدها التى ترتب الأثر القانوني .

كما أن الأفكار التي وردت في كتاب النظم لجستينيان ليست أقل أهمية والنص الذي سمنا في هذا المحال هو الآتي :

نظر جستينيان : ٣ ، ٢٩ ، ٣ أ :

"Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat; per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant : ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit tunc solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrabentes expressum Fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt, alioquin manere et pristinam obligationem et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostrae constitutionis definitiones, quas licet ex ipsius lectione apertius cognoscere".

يقول جسٽينيان :

لا كان القدماء يتفقون على أن التجديد يتحقق كلما تعاقد الطرفان على الزام ثان بنية التجديد ولكهم لم يكونوا يتفقون على طريقة الحكم بما إذا كان لدى الطرفين هذه النية، وكانوا يستعينون في هذا الصدد بمختلف القرائن في الحالات المتنوعة. وهذا هو الذى دفعنا إلى اصدار دستورنا الذى يقرر بوضوح أنه لا يتحقق تجديد الالتزام الأول الا إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك، وأعلنا أنهما بجريان الالتزام الثاني بقصد استبدال الالتزام الأول باخر : والا فان الالتزام الكترا الأول يظل قائماً ، بما يودى إلى أن المدين سيلتزم بكلهما طبقاً لمستورنا الذى سنلم به على وجه أكمل بقراءته ".

يبن من هذا النص ، كما جاء على لسان جستينيان ، أنه كان هناك اتفاق ببن فقهاء العصر العلمى على أن التجديد يم كلما كان نشوء الالترام الثانى قصد به استبداله بالالترام القدم. ولكنهم اختلفوا حول كيفية الوصول إلى معرفة ماإذا كانت نية التجديد قائمة عند نشوء الالترام الثانى أو غير قائمة . وكان البعض يستخدم ، في هذا المجال ، قرائن متنوعة في الحالات المختلفة ، لكى يستدل منها على وجود نية التجديد، بينها يرفضها البعض الآخر . ويضيف جستينيان أنه قد أصدر ، لهذا السبب ، دستوراً يقرر فيه بكل وضوحان التجديد لا يتم ما لم يصرح المتعاقدان بأنهما يقصدان تجديد الالترام السابق ، وإلا فان الالترام الأول يظل قائماً ، ويضاف اليه الالترام الجديد ، عيث يكون هناك الترامان موجودان في آن واحد .

وواضح أن جستينيان لا يعرض هنا كذلك التمديل الذي أدخله على نظام التجديد فحسب، بل ولقد قابله بالنظام الذي كان معمولا به في العصر العلمي والقائم على قاعدتين أساسيتين : أن التجديد كان يرتكز على نية التجديد نائم المشرورة على التجديد المشرورة على التجديد المستودية على التجديد المستودية على التجديد التجديد التحديد التحديد

اعلان ملائم عن النية ، كما استوجبه جستينيان فيما بعد)؛ وأن القرائن كانت مقبولة لائبات وجود نية التجديد .

٣٧ -- آثار التجديد:

يتعين علينا ، لكى يكون البحث متكاملا ، أن نشير سريعاً إلى هذه المسألة ، ولو أنها لا تثير اشكالات معينة تستحق الوقوف عندها . فمن المعلوم أنه يترتب على التجديد ، من حيت المبدأ ، أثران ، إحداهما انقضائي والآخر انشائي . فهو يودى إلى انقضاء الدين القدم ، وإلى انشاء الدين الجديد . وهاذان الأثر الالقضائي الجديد . وهاذان الأثر الالقضائي دون الأثر الانقشائي .

وانقضاء الالتزام الأول يتم بقوة القانون ipso jure. كما أن حميع التأمينات التي تكفله ، من امتياز وكفالة ورهن ، تزول معه. وتبرأ ذمة المدين الأصلى في حالة تغيير المدين . ولا يستطيع الدائن أن يرجع عليه بعد ذلك ، مالم يكن قد وافق على أن يبقى ملتزماً . وتتحقق عندئد صورة من صور الكفالة . و يمكن الاتفاق صراحة على استبقاء الفهانات القديمة والحاقها بالالتزام الجديد . ولا يتعلق الأمر حينتذ بنفس التأمينات ، بل يتأمينات ، عالمينات ، عالمينات ، عالمينات القادية والمهنات القادة التحالية والمهنات القادة التحالية التحالية الأمر حينتلا بنفس التأمينات ، بل

وكدلك فانه إذاكان الدين القدم ينتج فوائد ، فأنها تتوقف عن السريان بزواله . ولا يرتب الدين الجديد فوائد الا إذا اشترط علمها صراحة . كما يزول اعذار المدين ، بالنبسة للدين القدم ، وذلك إذا تم قبل التجديد . ولا يعتبر المدين بالالترام الجديد أنه مازال في حالة تأخير في الوفاء in mora ويتعن تأجيله .

⁽۱۲۰) نظم جايو س ؛ ٣ ، ١٧١ ، وأنظر أيضاً ؛

Sansilippo, Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla, annali del sem. giur. dell' Università di Catania, 3, 1949, 225.

وإذا كانت مزايا الدين القدم تنقضى معه ، فكذلك تختفى عيوبه بزواله . فلو فرض مثلا أن المدين يعتقد بصحة الدين القديم ، بيما هو غير موجود فى الواقع ، أو كان يشل بطريق الدفع ، فانه لا يمكنه المسلك فها يتعلق بالدين الجديد ، ببطلان الدين الأول ، أو أن يستفيد من الدفوع القديمة التى كان يستطيع المسلك بها فى مواجهة الدائن (١٢١) .

فا دام أن الدين القدم ينقضى ، فان كل ما يلحق به مختفى أيضاً . بيد أنه يمكن استبعاد هده التنيجة باشراط ما هو مستحق ؟ : quidquid ex vendito dare facere oportet..

بدلا من اشتراط المبلغ الذي عثل قيمة الدين الموجود من قبل : ﴿ decem •

: **IEE**1 - YA

يمكن أن نختم التحليل الذى أجريناه لأمهات المشاكل الى يثيرها التجديد فى القانون الرومانى ، بالملاحظات التالية :

نية التجديد ليست من ابتداع جستينيان . فهى العنصر الرئيسى للتجديد في العصر العلمي . و كانت له صيغة مقررة وضرورية بالنسبة للنوع الأول منه ، وهو التجديد المدنى . أما فيا يتعلق بالتجديد البريتورى ، فصيغته تتسم بدرجة أكبر من الحرية . ففي النظام الأول ، لا يوجد تجديد بدون نية التجديد . ولكن هذه النية تستخلص من عناصر محددة تتعلق بالشكل وبالجوهر . وكونت هذه العناصر ، بسبب وظيفها ، شروط التجديد .

وبالنسبة النظام الثانى ، ونعنى به التجديد العربتورى ، فان البحث عن نية التجديد يتسم بحرية أكبر . وتتلاشى أهمية الشروط الأخرى. ويتلقى جستينيان هذا النوع الثانى ، الذى له حرية أكبر . ولكنه لا يقر البحث عن نية التجديد animus novandi. بل يتطلب أن تكون هذه النية معراً عنها صراحة لكي يتحقق التجديد .

⁽١٢١) الموسومة : ١٣ ، ١ ، ١٧ .

ومهما يكن من أمر فان البحث عن نية التجديد ، عن طريق الاسترشاد بالقرائن ، كان يتلائم مع المبادىء التفسيرية التي يعترف بها القانون الروماني ، ويعلم في ميادين أخرى كذلك . فهناك مبدأ تفسيرى رومانى ذو طابع عام كان سائداً منذ وقت مبكر في روما ، وهو يقضى بأن البحث عن ارادة الطرفين هو الواجب الأول الذي يقع على عاتق المفسر حيما يكون بصدد تصرف قانوني ليس له معنى موحد ، عند النظر اليه من الظاهر ، إذا صح هذا التبير . فالقاعدة المأثورة : Primum sequendum quod

وبمكن الاستناد إلى هذه الفكرة لتبرير سبب الحديث عن نية التجديد في حالات معينة فقط دون غبرها . فالنية هي العنصر الممنز اللبي يستعان به في الحالات الغامضة ، كما يقول الرومان . وهكذا لدينا نية التجديد animus novandi ، لأنه يتعنن تفسير التعهد الرسمي stipulatio . وكذلك لدينا نية التبرع animus donandi "لأن الهبة لم يكن لها تصرف قانونى خاص بها، بل كانت تُم عن طريق أعمال قانونية غاية في التنوع والاختلاف من حيث الطبيعة . ومن ثم تتعن الاستعانة بنية التبرع لامكان فهمها على ضوء الوظيفة التي تقوم مها في هذه الحالة . وكذلك الأمر فيما يتعلق بنية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل animus alieni negotti gerendi ، لأن عمله لا مكن أن يكون مصدر التزامات بالنسبة لرب العمل الا إذا أجرى بدون قصد التبرع . ويقال نفس الشيء بالنسبة لنية العدول عن الوصية الجزئية animus adimendi ، التي تهدى المفسر إلى التحقق مما إذا كان الموصى الذي يكون قد باشر عملامعيناً ، قد أجراه بقصد العدول عن الوصية الجزئية ، أم لغرض آخر ؛ وهلم جرا . وهذا هو معنى النية animus . فالنية تفيد فى تكييف وتكملة وضع خارجى أو تعبىر كان بمكن أن يكون عرضة لتفسرات متنوعة من الناحية المحردة . والبحث عن هذه النية ليس سهلا . بل تساعد عليه القرائن التفسيرية ، التي يعرفها القانون المدنى الروماني في العصر العلمي أيضاً . فيتلقى المفسر معونة كبيرة عن طريق ملاحظة

ما يقع فى العادة ، والاستعانة بعدة مبادىء مستوحاة من التجربة . ويلاحظ أن القرينة ، من حيث أنها أداة نفسيرية ، ليست قاطعة . فهي تقبل الدليل العكسى .

٣٩ – وعليه ، فانه يمكن القول بأن عصر الامبراطورية السفلى السم ، في مجال التجديد ، بالنسيان وليس بالاصلاح . وجسنيتيان وحده هو الذي قام ببعض الاصلاح . وحفظ ، بوضعه الجامع Pandeotae ، نظام أيكرر ولو جزئياً نظام التجديد في العصر العلمي .

ويضاف إلى هذا المصدر ، بعض المصادر الغربية ، مثل مخصر جايوس Epitome Gai الذي يذكر نظام التجديد ، ولكن بطريقة غير كاملة وغير صحيحة (١٣٢) . ويعتره جايوس من بين أسباب انقضاء الالترام obligatio . ولقد أشار اليه في ملحق بعد معالجة التعهد الرسمي stipulatio ، وذلك بسبب العلاقة التي توجد بين النظامين ، كما هو معلوم . وذكرت الانابة الإيجابية باعتبارها الحالة الوحيدة للتجديد . كما أن هناك خلطاً ما بين الانابة الإجبارية والانابة بالاعطاء ale ، حتى أنه يضاف أن المدين بمكن اجباره على الانابة الاعطاء elacatio .

ويطلق فيه على العمل التجديدي كلمة لا يضمن cavere ، التي أصبحت تشير إلى وثيقة التعهد الرسمي ويظهر أيضاً الخلط بين نظامين متباينين في مجال الالتزام الكتابي obligatio litteris ، الذي وصف بأنه النابة عينية a re in persona in personam أو الزامية

⁽۱۲۲) مختصر جايوس : ۲ ، ۹ ، ۱۱ .

⁽۱۲۳) أنظر كتابنا : موجز نظرية الالتزام في القانون الروماني ، ۱۹۹۵ – ۱۹۹۰ ، ص ۷ . و أنظر أيضًا : مختصر چاپيوس : ۲ ، ۹ ، ۲ ، و :

Levy, Westrom. Vulgarrecht, Oblig. R., Weimar, 1956,20.

كما أن كتاب الأحكام للفقيه بولص sententiae Pauli لا يعرض تعريفاً للتجديد . وهو يوجد على العكس في التفسير Interpretatio . وهو يوجد على العكس أن التفسير (١٧٤) المعروبة (١٧٤) المعروبة ا

ويعبر هنا ، ولو أنه على نحو يتسم بالعمومية ، عن الفكرة القائلة بأن التجديد يتضمن تغييراً جوهرياً . يبد أن هذه الفكرة ، التي لم تعد توجد في مختلف المختصرات ، تقررها هنا أن : cautionem novare ، تمي مجرد تجديد المستند . ويلاحظ أن عبارة و معنس الدساتير الامير اطورية ونصادف نفس هذا الاستعال الاصطلاحي في بعض الدساتير الامير اطورية الغربية الرومانية ، فان المعيى الأصطلاحي التقليدي لكلمة novatio ينمحي وينصرف إلى كل اجراء محدث تغييرات في الالترام ، عا في ذلك مجرد وضعه في محرد .

و هكذا فإن الفاظ اللغة الدارجة حلت على المصطلحات القانونية . وكان الفقهاء يستعملون لفظ " التجديد novato " و " يجدد novato معمى اصطلاحى ، له مفهوم ضيق بالنسبة للاستمال الشائع . ومن ناحية أخرى ، فإن التعريفات ذاتها لم تفلع في الحفاظ على نقاوتها . بيد أنه من الصعب أن تقرر ، استنادا إلى ماتقدم ، أن ذلك يعنى الزوال الكلى للفكرة القانونية للتجديد . فوجود ظاهرة من الظواهر شيء ، وتعريفها شيء آخر . إذ أن التعريف عمل شائك . ومن المحتمل أنه ، رغم الانحرافات الاصطلاحية ، فإنه قد توصل عملا إلى تميز التناقج الانقضائية للتجديد ، عن النتائج الانقضائية للتجديد ، عن النتائج المختلفة والأقل أهمية من حيث الطبيعة، والتي ترتبعلى تجديد

Brev., 5, 9,1 = Ps. 5,8,1, et int. : أنظر (١٧٤)

⁽۱۲۰) أنظر :

EP. Guelph.; Ep. Monachi, Ep. seld. Haenel, Lex Rom. Vieig., 425.

⁽۱۲۱) أنظر : . CTh. 2, 27,1,5; CTh. 4, 4, 6.

المستند . ذلك أن المصادر التى فى حوزتنا لا تسمح بالقول بأن كل مناطق الامبر اطورية الغربية كانت على نفس المستوى من حيث انعدام الثقافة ، ثما يودى إلى عدم وجود المقدرة لدمها على اجراء الفروق بن النظم المختلفة. فضلا عن أنه لا مجوز أن نقرأ نصوص عصر الامبراطورية السفلى عمايير العمس العلمى .

* \$ - وفيا يتعلق بالمصادر التشريعية الشرقية ، فاننا نصادف أيضاً الاستعمال العام لكلمة قم novare (17۷) . وتمثل المعلومات التي يقدمها جستينيان عن شرط استبعاد التجديد ، أهمية أكبر . إذ يستنج منها أن التجديد كان موجوداً في الحياة العملية ، التي كانت تعرف كيف تتفادى نتائجه حيها لاتريدها . فقرينة التجديد، بشروطها المحتلفة كانت إذن على قيد الحياة . وشرط استبعاد التجديد يشهد باستمرار وجود النظام الذي كان سائداً في العمر العلمي في الامبراطورية الرومانية الشرقية ، على خلاف الامبراطورية الومانية الشرقية ، وان كان قد استبعد قرائن التجديد .

وتتبلور هذه الأفكار في دستور جستينيان ، كما سبق القول . فهو عدد مصير التجديد في الجامع . فلقد قرر رفض البحث عن نية التجديد animus مصير التجديد في الجامع . فلقد قرر رفض البحث عن نية التجديد وللالك زال الباعث على استخدام مولفات الفقهاء في العصر العلمي ، الخصصة لتفسير التصرف التجديدي . وأصبح من الممكن عدم الالتفات إلى الكتب غير المفيدة nocentia volumina ، كما يقول النص . وانعكس كل ذلك على تركيب العنوان : « في التجديد والانابة وانعكس كل ذلك على تركيب العنوان : « في التجديد والانابة (وربيد والإنابة المنوان : « في التجديد والإنابة (وربيد وربيد الإنابة المنوان : « في التجديد والإنابة (وربيد وربيد الإنابة التحديد والإنابة (وربيد وربيد وربيد

⁽١٢٧) أنظر . : Nov. Marciani, II, 2, a.450 فالنص يشير إلى فكرة تتفسين مني أكثر من مجرد تجديد السند .

⁽١٢٨) المرسوعة : ٤١ ، ٢ .

من أفكار تحت هذا العنوان يعوزه العرض التنظيمي المألوف ، ومقتبس بعضه من شروح أولبيانوس (١٢٩) . أما الشطر الأكبر منه ، واللدى يتضمن فقرات أكثر عدداً ، فأخوذ من مواضيع لم تكن تعالج أساساً التجديد (١٣٠) ويلاحظ أن الفقرات التي كانت واردة في كتب خاصة بفتاوى ومسائل نظرية quacstioncs ، ناقصة هنا . ويرجع ذلك بلاريب إلى أن أهم هذه المسائل القانونية quaestiones كانت ذات طابع تفسيري (١٣١).

وحتى في هذا المحال الضيق والمحدود ، كان واضعو الموسوعة يزاولون مجرد عمل سلبي بالنسبة لنصوص العصر العلمي . وكانوا يتوخون الدقة مخصوص ماتضمنه دستور جستينيان . بيدأنه كان يتعن عليم أيضاً تضمين الجامع الاشارة المباشرة لإصلاح جستينيان . ولقد نفذوا هذا الواجب بطريقة خاصة . فغي بعض الأحيان ، كانوا يستخدمون وصفاً محدداً ، وحرفياً .

⁽٣٠) فيناك أربع فقرات فقط من بين ٣٤ فقرة ، مقتيمة من صلب مواضيع soci. عصمة التجديد . بينا البعض الآخر من بقية هذه الفقرات ، فائه مأخوذ من موضوع يمالج الالترامات الفظية obligatio verbis . أما فيها يتملق بالبقية الباقية فانها مقتبسة من مواضيح عنطة من المجالين الأوليين .

⁽۱۲۱) ولقد احتفظ يفقرة وحيدة أخذت من موّلف بولص الخاص بالمسائل quaestiones وهي الفقرة ۲۹ .

وذلك عندما كانوا يتكلمون عن الارادة المعبر عنها صراحة novatio legitme fact ، وعما شابه فلك (١٣٢). وفي أحيان أخرى ، كانوا يستعملون العبارة المقتبسة : si hoc actum est ، وما عائلها . والحق أن الوصف كان أكر شولا (١٣٣) . ولكنهم كانوا يوالون تحريف نية التجديد inspectation animus novandi بدرجة أكر (١٣٣) . وأرادوا في هذه الحالة الأخيرة أن يستخدموامصطلحات بدرجة أكر (١٣٤) . ولكنهم أبرزوا في نفس الوقت تقرير أن ما يقصدونه من لفظ النية animus ، ليس النية باعتبارها مجرد حدث داخل ، بل تعنى الارادة التي يتطلبها القانون ، أي الارادة المعبر عنها صراحة بل Voluntas specialiter expressa

⁽۱۳۷) أنظر الموسومة : ۵۶ ، ۱ ، ۸۵ ، ۶۱ ، ۲۱ ، ۲۱ ، ۲۱ ، ۲۱ و وكالك الموسومة : ۶۱ ، ۲۱ ، ۱۸ . وانظر أيضاً : مجمومة الدسائير : ۲۱ ، ۲۰ ، ۵ ، ۸ ، د د د د .

⁽١٣٠٥) و لمل هذا يضمنا أمام الأصل التاريخي للمواد المنصوص طبها في التشريعات الحديثة و التي تستوجب الاتفاق على التجديد صراسة , انظر على سبيل المثال : الفقرة الأولى من المادة ٥٠٤ من القافون المدفى المصرى التي تنصق على ما يأتى :

والتجديد لا يندرض ، بل يجب أن يتمتق عليه صراحة ،أو أن يستخلص بوضوح من الغاروف. و كلك المادة ١٢٣٠ من القانون الملن الإيطال التي تنص عل ما يأتى : ويجب أن تستخلص نية انقضاء الالترام السابق بطريقة قاطعة و

13 - هذا ونضيف في النهاية أن نظام التجديد قد فقد كل فائدة له في التشريعات الحديثة (١٣٦). ولقد خصص التقنين المدنى الفرنسي لهذا النظام المواد من ١٧٧١ إلى ١٧٨١. وعالجه التقنين المدنى الممرسي (١٣٦) في المواد ٥٠٠ ومكن القول أن التقنينات التي تفسح حيزاً ملموساً لنظام التجديد مثاثرة أساساً باعتبارات تاريخية . ولمدلك فان هناك من التشريعات الحديثة ، مثل التقنين المدنى الألماني والتقنين المدنى السويسرى للالنزامات ، ما لم تعد تعالج نظام التجديد صراحة ex professo . فلقد فقد كل أسباب الوجود فيا بين أشخاص جدد inter novus personas ، لأن التشريعات الحديثة تعرف ، على عكس القانون الروماني من حيث الميدأ ، حوالة الحق وحوالة الحاس بقد الحاص بعد وحوالة في الوقت الحاضر يتسم بأنه أكثر بساطة ، كما أنه المدنى . ونظام الحوالة في الوقت الحاضر يتسم بأنه أكثر بساطة ، كما أنه عقق الهدف المقصود بطريقة مباشرة ، مما أدى إلى عدم جدوى استمال التجديد لنقل الالتزام translatio obligationis . بينا كان القانون الروماني يلجأ اليه لسد هذا النقص .

وفها يتعلق بالتجديد بتغيير المصدر ، الذى كان مفهوماً لدى الرومان ، بسبب التمييز ما بين دعاوى القانون الضيق ودعاوى حسن النية ، فان تطبيقاته نادرة فى القانون الحديث ، ولا يمكن تصورها الا بالنسبة للالترامات الطبيعية . أما مخصوص الالترامات المدنية ، فن المعلوم أنها ، فى التشريعات المعاصرة ، من طبيعة واحدة وتحمها لجميعاً دعوى واحدة ، وتنقضى بنفس

⁽۱۳۷) أنظر الدكتور عبد الرزاق السهورى ، نظرية الالتزام بوجه هام ، الجزء الثالث ، ص ۱۲۳ و ما بعدها ؛ الدكتور عبد الحلى حجازى ، النظرية العامة للالترام ، الجزء الثالث ، ص ۲۱ وما بعدها ، الدكتور عبد الفتاح عبد الباق ، دروس أحكام الالتزام ، ص ۴۳۸ ، وما بعدها ؛ الدكتور شمس الدين الوكيل ، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام ، ۱۹۹۲ / ۲۰۱۰ ، ص ۲۳۰ ؛ الدكتور اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام والاثبات ، ۲ ، ۱۹۳۵ ، ص ۱۳۰ .

الطريقة . فلم يعد من الممكن الآن إذن أن يستخدم التجديد من أجل تحويل النزام حسن النية إلى النزام من النزامات القانون الضيق .

فلا تقف اليوم أية عقبة فى سبيل تعديل الديون بواسطة اتفاقات لاحقة ، أو اكتسامها عن طريق وكيل ، أو نقلها . ولم يعد التجديد هو الطريق الأساسى لتحقيق كل هذه الأغراض .

وأخيراً فانه بالنسبة للتجديد بتغيير محل الدين ، الذى كان نادراً فى عصر جستينيان ، وهو ممكن فى الوقت الحاضر ، فانه ليس فى الواقع سوى وفاء ممقابل Dotio in Solutum .

وعليه ، يمكن القول أن الاستعال الرئيسي للتجديد في العصر الذي تعيش فيه ، ليس هو التعديل في شكل الدين أو في أوصافه ، أوفي أشخاصه، بل التعديل في عمل الدين ، وهو ما كان نادراً عن طريق التمهد التجديدي عند الرومان . وهكذا فان شمس نظام التجديد الروماني قد غابت من التشريعات الحديثة عامة .

السوق الدولية للقمح^(٠) للدعتورحازم الببلاوي

١ ـ تهيد وتقسيم :

يتمنز القمح بأن استهلاكه يكاد يكون شاملا لجميع سكان العالم ، أما انتاجه فانه يتم فى جهات المنطقة المعتدلة الدافتة والباردة . ورغم اتساع منطقة انتاج القمح إلا أن هذا الانتاج يتركز بصفة خاصة فى عدة دول تساهم وحدها بانتاج الغالبية العظمى من هذا المحصول وتسيطر على تسويقه . ونظراً لأن أجزاء كبرة من المعمورة وبوجه خاص الدول النامية ، تعتمد فى استهلاكها على المنتج فى دول أخرى فان أهمية السوق الدولية القمح لا مكن اغفالها .

ونود أن نشر قبل الدراسة التفصيلية للموضوع إلى أن سوق القمح غتلف عن غيره من الأسواق في ضعف الصلة بين العرض والطلب. وبذلك عضم انتاج واسهلاك القمح لاعتبارات أخرى غير مجرد ظروف العرض والطلب ، ولعل أهم هذه الظروف التي تحكم السوق الدولية للقمح هي السياسة الداخلية للدول المنتجة للقمح وعلى وجه الحصوص الولايات المتحدة الأمريكية . فاذا كانت ظروف العرض والطلب هي التي تنظم الانتاج والتجارة في معظم السلع فان ذلك لايصلق على سلمة القمح التي تخضع لتنظمات عاصة تحدد انتاجها وحجم التجارة فيا إلى جانب تحديد الأثمان

وسوف نبدأ بتناول المظهر الحارجي للسوق الدولية للقمع ثم نبحث في العوامل الكامنة وراء هذا التنظيم الحارجي .

ينظم سوق القمح الدولية عدة اتفاقات دولية تتناول تنظيم الأسغار والحصص . ويشرك في هذه الاتفاقات الغالبية العظمي من الدول المصدرة

^(*) قدم هذا البحث إلى المركز العربي للدراسات السياسية والاقتصادية بمؤسسة الأهرام .

وجزء هام من الدول المستوردة القمح . وقد ترتب على هذه الاتفاقات تحقيق نوع من الاستقرار النسبي لأسعار القمح بالمقارنة إلى أسعار المواد الأولية الأخرى . ورغم هذا الثبات النسبي لأسعار القمح فان هذه الأسعار لا تغطى نفقة انتاج القمح في كافة الأحوال ، ولذلك تلجأ أكثر الدول المصدرة إلى دعم صادراتها من القمح عن طريق اعانات التصدير . ويبقى أن نفهم نفقة الانتاج هنا بمناها الدقيق على ما سنينه .

وهذه الاتفاقات الدولية ليست سوى المظهر الحارجي للعوامل الحقيقية وراء سوق القمح . وهذه العوامل تتركز في الزيادة الكبيرة في انتاج القمح في الدول المتقدمة نتيجة للتقدم القي بها وصعوبة تضييق العرض فيها . ويقابل ذلك نقص في الطلب الحارجي للقمح من بعض الدول المتقدمة نتيجة للسياسات الحائية ولنقص القدرة الشرائية لأغلب الدول النامية . وقد أدى هذا الاختلال بن العرض والطلب إلى ضرورة الالتجاء إلى أساليب جديدة غير مجرد الاعتاد على تغييرات الانحان فظهرت بالنسبة لهذه السلعة مشاكل جديدة مثل القائض من الحبوب الغذائية ثم ضرورة تصريف جزء من هذا المائض بوسائل غير تجارية لا توثر على أسعار القمع مما أدى إلى بزوغ البيوع الحائية .

وفياً يلى سنتناول هذه المسائل بقدر من التفصيل ثم نختم البحث باشارة عابرة عن اتجاهات المستقبل .

٢ ... الاتفاقات الدولية للقمع :

عرفت المعاملات اللعولية عدة اتفاقات دولية لتثبيت أسعار بعض المواد الأولية من التقلبات العنيفة . وقد تعددت المحاولات لتنظيم الانتاج والتجارة بشأن بعض السلع الأولية منذ مهاية القرن التاسع عشر . وقد أدى ازدياد الرابط الاقتصادى وتقدم المواصلات إلى زيادة أهمية هذه المحاولات . ولكن الأهمية الحقيقية لهذه الانفاقات اللعولية لم تظهر الا منذ نهاية الحرب العالمية الأولى وعلى وجه الحصوص بعد أزمة صنة ١٩٣٠ . وقد اتخذت فها بن

الحريين عدة اجراءات من جانب المنتجين الحريصين على حاية أسعار منتجابهم والدفاع عن أسواقهم . وقد انشأت في هذا السبيل عدة كارتلات دولية تفرض قبوداً على الانتاج وتوزع الأسواق بين المنتجين . ولكن نجاح هذه الكارتلات كان محلوداً في الغالب من الأحوال . فلم يكن من السهل رقابة الانتاج حيى من المشركين في الكارتل وخصوصاً أنه حدث أن زاد الانتاج بشكل تحبير عند اللول غير المشتركة مما جعل تقييد الانتاج بين أعضاء الكارتل أمراً غير ذي موضوع . كذلك تعرضت هذه الكارتلات

ولذلك ما لبث أن ظهرت فى الأفق محاولات جديدة لتلافى العيوب السابقة ، فدعيت الحكومات إلى الاشراك فى هذه الاتفاقات كما دعى المسهلكون والمستوردون إلى الاشتراك فيها أو التشاور معهم فى الاتفاقات المتعلقة بالمواد الأولية .

ولا شك أن أهم الاتفاقات اللولية المتعلقة بالمواد الأولية وأكبرها نجاحاً هي اتفاقات القمح . وسهلف هذه الاتفاقات إلى تثبيت أسعار القمح عن طريق فرض حد أدنى من الحصص تلذم اللول المصلارة ببيمها بشن لا بجاوز حلاً معيناً ، وفرض حد أدنى من الحصص تلذم اللول المستوردة بشرائها بشمن لا يقل عن حد معين . أما فيا يتعلق بكيفية تكوين انخرون واستخدامه لتحقيق التوازن بين العرض والطلب عند هذه الأنمان المحددة فلم يكن محل اتفاق دولى . كذلك لم تفرض قيود على الانتاج والمساحة المزروعة سوى لفرة موققة قبل سنة ١٩٣٠ . ثم توالت منذ هذه السنة عدة مواسم سيئة جعلت من هذا التحديد أمراً لا مرو له .

وقد عقد أول اتفاق دولى للقمح سنة ۱۹۳۳ بين المنتجن والمستوردين الأساسيين ولكن تنفيذه كان محلوداً للغاية ولم يتبق من هذا الإتفاق سوى مجلس دولى للقمح. كذلك اتفق على مشروع اتفاقية أثناء الحرب سنة ١٩٤٢ ولكنها لم تنفذ. وأول اتفاق دولى للقمح عقد بعد الحرب العالمية الثانية سنة ١٩٤٩ لمدة أربع سنوات وقد النزم فيه المصدرون (الولايات المتحدة الأمريكية وكندا واستراليا والارجنتين) ببيع كيات محدودة بثمن أغلى ممرد دولار للبوشل في حين أن الدول المستوردة في الاتفاقية النزمت بأن تشترى كيات محدودة بثمن أدنى أنزل من ١,٥٠٠ دولار إلى ١,٢٠ دولار وذلك بين بداية الاتفاقية ونهايتها . وقد ظلت الأسعار العالمية للقمح طوال هذه الفترة أعلى من الحد الأقصى المتفق عليه ١,٨٠ دولار بحيث أن الاتفاقية ثبت الأسعار فعلا عند هذا الحد ولهذا السبب الواضح النزم المستوردون بنصوص الاتفاقية وطبقت بنسبة ٩٥٪ من الاتفاقية .

وقد عقد الاتفاق الثانى فى سنة ١٩٥٣ لمدة ثلاث سنوات وصممت فيه الدول المصدرة على رفع الحدود المحددة للأسعار إلى ١٫٥٥ — ٢٫٠٥ دولار ولكن انجلترا خرجت من هذه الاتفاقية نتيجة لرفع الأسعار .

وفى الاتفاقية الثالثة سنة ١٩٥٦ خفضت حدود الأسعار قليلا إلى ١,٥٠ ــ ٢,٠٠ دولار رغم مطالبة المستوردين ضرورة التخفيض بنسبة أكبر ولللك خرج عدد آخر من الدول المستوردة .

ونتيجة لاستمرار ارتفاع الأسعار رغم معارضة المستوردين فان حجم الحصم المضمونة قد انخفض من ١٩ مليون فى السنة للاتفاقية الأولى سنة ١٩٥٩ إلى ٨ مليون طن للاتفاقية الثانية سنة ١٩٥٣ إلى ٨ مليون طن للاتفاقية الثالثة سنة ١٩٥٦ . وبذلك أيضاً ارتفعت نسبة المبادلات التجارية التي تحت خارج هذه الاتفاقيات من ٤٠٪ إلى ٧٥٪.

وقد كانت معارضة المستوردين لرفع الأسعار مبنية على توقيعات صحيحة ، ولذلك ما لبثت أن انخفضت أثمان القمح فى السوق العالمية وبدأ المخزون يتزايد واتجهت الأسعار إلى الانخفاض سنة ١٩٥٣ وبعد قليل من المخرون يتزايد واتجهت الأسعار إلى الانخفاض سنة ١٩٥٧ وبعد مناوى لا يكاد يرتفع بأكثر من ١٠٪ من الحد الأدنى المنصوص عليه فى الاتفاقية . ومع ذلك فنتيجة لسياسة التخزين المتبعة من الدول المصدرة ظلت الأثمان العالمية للقمح بين الحدود المنصوص علمها فى الاتفاقيات ولم تنزل عن الحد الأدنى .

وقد أدت هذه الأوضاع إلى التأثير في الاتفاقية الدولية الى عقدت في سنة ١٩٥٩ ، فلم تعد الزامات المصدرين والمستوردين مباثلة كما ترك نظام الحصص المطلقة . ففي حدود الأتمان المتفق عليا (آقل قليلا من الاتفاقية السابقة) الزم المستوردون بشراء نسبة معينة من وارداتهم التجارية من المصدرين المنتصن إلى الاتفاقية والزم المصدرون بتوريد هذه الكمية لم . وفي حالة ارتفاع الأسمار عن الحد الأقصى الوارد في الاتفاقية فان المصدرين قد الزمو ابيم كمية معينة بثمن لا مجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه . وهذه الكمية توازى متوسط مبيعات المصدر المستورد خلال السنوات الأربعة الأخدرة . ولم تفرض الاتفاقية الزامات مماثلة على المستوردين في حالة المتعاض الاتمانية عن الحد الأدى هذه الاتفاقية .

وفي الاتفاقية التي عقدت سنة ١٩٦٢ رفعت حدود الأسعار قليلا إلى ١٩٦٧ حدولار وقد اشرك الاتحاد السوفيتي في هذه الاتفاقية وترتب على ذلك ارتفاع نسبة المبادلات التجارية التي تتم طبقاً للاتفاقات اللحولية وحادت إلى نسبتها السابقة في أوائل الحمسينات. الا أن ذلك لاينبغي أن يخفي علينا أن ارتفاع نسبة المبادلات التجارية التي تتم وفقاً للاتفاقية قد صاحبها زيادة في حجم المعونات والتوريدات القمح بشروط خاصة غير تجارية . كذلك ينبغي الاشارة إلى أنه إذا ظلت أسعار القمح المعالمية داخل الحدود المنصوص عليها في الاتفاقيات فان مرجع ذلك هو سياسة التخزين المتبعة في الدول المصدرة ، وسوف نعود إلى هذه النقطة في يعد .

٣ ... الدول الشمتركة في اتفاقيات القمع الدوليه :

زاد عدد الدول المصدرة والمشركة فى الاتفاقيات الدولية للقمع من £ إلى ١٠ فى اتفاق سنة ١٩٦٢ / ١٩٦٣ / ١٩٦٣ أصبح المصدرون المشركون فى الاتفاقية عثلون ٩٠٪ من قيمة الصادرات العالمية للقمح . وفيا يتملق بالمستوردين فان عددهم ظل يتغير من اتفاقية إلى أخمىر وفى سنة ١٩٦٣/٦٢ أصبح عددهم ٣٧ دولة يمثلون حوالى ٦٠٪ من قيمة الواردات العالمية. ومن ذلك يتبين أن حوالى ثلث صادرات الدول المشركة فى الاتفاقية تتجه إلى مستوردين غير مشتركين فى الاتفاقات الدولية.

۽ _ أسمار القمح العالية :

خلال تطبيق اتفاقية القمح الأولى ١٩٤٩ ــ ١٩٥٣ ظلت الأسعار العالم العالمية أعلى عن الحد الأقصى المنصوص عليه فى الاتفاقية . ولكن منذ سنة ١٩٥٣ وحتى ١٩٦٢ فقد ظل متوسط الأسعار بن الحدود المنصوص عليه فى الاتفاقات الدولية للقمح . واعتباراً من سنة ١٩٦٣ بدأت الأسعار ترتفع وتقترب من الحد الأقصى مما دفع المشتركين إلى رفع الحدود فى الاتفاق المحقود فى ١٩٦٥/١٤ . وتتيجة لوقوع مواسم سيئة فى محاصيل القمح فى عدة أماكن من العالم خرجت الأسعار فى بعض الأحوال عن الحد الأقصى المنصوص عليه فى الاتفاقية لأول مرة منذ عشر سنوات .

وينبغي أن نشر هنا إلى أن الأسعار العالمية لا تكفي في أغلب الأحيان لتوفير دخول المنتجن تكفي لاستمرارهم في الانتاج ولذلك تلجأ أغلب اللحول إلى اعانة صادراتها من القمح لتستطيع المنافسة في السوق العالمية . فكندا والأرجنتين وحدهما تستطيعان التصدير دون اعانة خاصة وتلجأ استراليا إلى اعانة صادراتها في بعض المواسم فقط . وتمثل صادرات القمح المعانة أكثر من نصف الصادرات الكلية القمح . فنصيب الصادرات غير المعانة من الصادرات الكلية فضلا عن أن نسبة كبيرة من التبادل اللمولى القمح يم وفقاً لشروط خاصة وفي برامج المعونات .

والجدول الآتى يبين نسبة الصادرات غير المعانة إلى مجموع الصادرات الكلية . (آلاف الأطنان)

17/11	11/1+	11/01	۰۹/۰۸	٥٨/٥٧	متوسط ٤٥/٥٤ ٨٥/٩٥	البله
Yroy	1987	4144	44.0	7118	1447	الارجنتين
7777	1999	4178	Y	1707	Y 29 .	استر اليا
1174	17.7	VOYV	Alve	APAY	YARY	145
14017	17707	17470	14.4.	17777	17714	المبرع
20.17	44084	W + A A A	74004	44810	* 3 1 17	مجموع الصادر اتالعالمية
•	1			1		النسبة المثوية للصادرات
					1	غير المانة إلى الصادر أت
7.22	7.28	7/44	7.88	7.28	7. 87	الكلية

World Wheat Statistics : المددر

وينبغى أن نوضح المقصود بأن الأسعار العالمية لا تكفى لتنطية نفقة الانتاج في معظم الدول الغربية . فالسبب في ذلك لا يرجع إلى نقص في انتاجية الزراعة في القديم واتما إلى ضرورة زيادة دخول المتحين الزراعين على سمح ببقائهم الزراعي . فقد حققت الانتاجية في الزراعة تقدماً ملحوظاً في أغلب الدول المتقدمة بل أن زيادتها في الولايات المتحدة الأمريكية تكاد تبلغ ضعف زيادة الانتاجية في الصناعة في السنوات التالية للحرب . ولكن علم كفاية الأسعار لتغطية نفقات الانتاج يرجع إلى ضرورة توفير دخول كزراعية مرتفعة لتقارب الدخول غير الزراعية ، وبذلك يكون السبب في علم كفاية الأسعار هو ضرورة زيادة الدخول أو النفقات الأولية كون السبب في علم فارتفاع نفقة الانتاج يرجع في الواقع إلى ضرورة توفير دخول عالية للزراع للحيلولة بيهم وبين الانتقال إلى انتاج آخر ، أي يرجع إلى ما يعرف باسم نفقة الاختيار opportunity cost وليس إلى نقص التقدم في الانتاجية في الزراعة . ويساعد على ابراز الفروق في الدخول الزراعية واللدخول غير الزراعية طالدخول التراعية والدخول غير الزراعية طبيعة هيكل الأسواق في الدول المتقدمة فالانتاج الصناعي غير الزراعية والدخول المتقدمة فالانتاج الصناعي غير الزراعية طالدخول المتقدمة فالانتاج الصناعي غير الزراعية والدخول المتقدمة فالانتاج الصناعي غير الزراعية طبيعة هيكل الأسواق في الدول المتقدمة فالانتاج الصناعي غير الزراعية والدخول المتقدمة فالانتاج الصناعي غير الزراعية والدخول المتقدمة فالانتاج الصناعي في المولية المتعدد ويساعي المتعدد ويساعي المتعدد ويساعي المتعدد ويساعي المتعدد ويساعي المتعدد ويساعد على المتعدد ويساعد ويساعد على المتعدد ويساعد ويساعد ويساعد ويساعد على المتعدد ويساعد ويساعد ويساعد ويسا

في الدول الغربية وبصفة خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية يغلب عليه الميكل الاحتكاري وذلك بعكس الانتاج الزراعي الذي يغلب عليه طايع المنافسة . ويترتب على هذا الاختلاف أن التقدم الذي وزيادة الانتاجية في الصناعة تودي إلى زيادة الدخول الصناعية ، أما في الزراعة فان زيادة الانتاجية والتقدم الفي فانه يودي ، نظراً إلى المنافسة إلى انخفاض الانمان . وهذا الاختلاف في طبيعة أسواق الزراعية هما استوجب ضرورة الدعم لا يقام المنتجن الزراعية ب المنتجن الزراعية على المنتجات المنافسة على المنتجات الراعية وعلى المنتجات الواعية ، فالطلب على المنتجات الزراعية عدم المرونة بعكس الطلب على المنتجات الصناعية الذي يتمتع عمرونة عالية . المرونة بعكس الطلب على المنتجات الدراعية علية .

ه _ اثناج اللمح :

سبق أن أشرنا إلى أن القمح ينتج فى بلاد المنطقة المعتدلة . ورغم اتساع هذه المنطقة فان انتاجه يتركز فى عدة دول تساهم وحدها بانتاج الجزء الغالب من محصول القمح . ويتركز انتاج القمح وبصفة خاصة فائض الانتاج المعد للتصدير فى الدول المتقدمة ، ولا تساهم الدول النامية الا بقدر ضيّل للغاية من الانتاج العالمي وبقدر أقل من صادرات القمع .

ويبين الجدول الآتى تطور الانتاج العالمي من القمح من ١٩٤٩ ــ ١٩٦٣ ــ ١٩٦٣ موزعاً بحسب المناطق المحتلفة .

الإنتاج العالمي من القمح موزعاً على المناطق المختلفة

(أ - بآلان الاطنان ب - متوسط ٢٤/ ٥٠ - ١٠٠٠)

7	-	3	7	>	:	٠(ا ــ
11/15 104 4501 14. 00. 16 61 A 1. 1. 1. 1. 1. 1. 1. 1. 1. 1. 1. 1. 1.	3.664.	一ルイド・ル	140160	YAALA! Y.	114014	_	المجموع
104	141	7 # #		>	-:	·c	نيوز لتده
1034	44.44	4444	2410	1041	***	-	أفريقيا استرائيا ونيوز لتده
14.	>	177	114	144	:	-C	€.
00	* 1	004.	. A ! o		. 40	_	و الم
101	144	٨٢١	707	17.6	:	·C	
TE	TIIV.	4.44.	4446.	ALSE ALL VELAL SAL . boo AAL LAPT OV	43444	-	<u>.</u> "_
2	2	۸۸	-:	117	•	٠.(19.
٧٠٥٠	٧٠٧٠	141.	V31V	4877	2444	-	٠ <u>٢</u>
==	117	1	<u>م</u>	4.7	:	٠.	12.1
5140.	. 1443	140	2 - 4 - 4	2 2 4 A 4 B	1 1403		الريح المريح
200	11/	140	178	114	:	٠.	iĘ,
ANIAN	44044	44040	33173 371 3.873 18 V31V	47.44 A11 33.43 Ab	1111	-	ا اوربا الغربية أمريكا الطالية أمريكا الجنوبية
14/15	11/11	11/11	7./09	متوسط ۱۵/۹۶	ال ۱۰۰ و ۱۲۷۱ ۱۰۰ و ۱۲۷۱ ۱۰۰ و ۱۲۷۹ ۱۰۰ و ۱۲۷۹ ۱۰۰ و ۱۲۵۹ ۱۰۰ و ۱۲۷۹ اید و ۱۲۷۹ ۱۰۰ و ۱۲۷۹ اید و ۱۲۷۹ اید و ۱۲۷۹ اید و ۱۲۷ و ۱۲ و ۱۲		<u>.</u>

ويتضح من هذا الجدول أن الجزء الأكبر من القمح ينتج في أمريكا الشهالية وأوربا الغربية واستراليا ونيوزلانده . وإذا كان الانتاج من القمح في الدول النامية لا يزال يمثل بعض الأهمية فان اختلاف الكتافة في السكان في هذه الدول بالنسبة إلى اللمول المتقدمة بجعل الدول النامية غير قادرة على الاكتفاء الذاتي في حين تحقق أغلب الدول المتقدمة فائضاً سنوياً ضخماً من القمح يزيد على حاجبًا للاسهلاك الحلى .

وفي الجدول الآتي نرى نسبة الصادرات في أمريكا الشمالية الى الانتاج الكلي:

	متوسط	متوسط	متوسط	
	71/09	00/08	· #Y/ £%	
-				
	7.04	7.40	7.4.	القمح
	7. A	7. •	7. 8	الحبوب الثانوية الأخرى
	/ 1	7. 4	7. 4	المنتجات من اللبن والبيض
	7.17	7.10	7.17	الميسوع

ولنفس السبب المتقدم نجد أن معظم الواردات من القمح يتجه إلى الدول النامية .

وفى الجلمول الآتى نبين حجم واردات الدول النامية من القمح والدقيق (الآف الاطنان)

الواردات التجارية	الواردات طبقاً البرامج الخاصة الولايات المتحدة	الواردات الكلية من القمح والدقيق	السنة
0 / A 0	££7.V	1.444	متوسط ۱۵/۵۵ ۸۵/۹۵
V • A V	2444	11901	0 A / 0 Y
V4.1.0	7184	17012	09%0A
V774	A.V.	10984	1 - /.09
3 ሊተ የ	44.4	10997	11/1-
71.17	11414	14114	17/71

F. A. O. : المبدر

ولذلك بحد أن نصيب الدول المتقدمة في أمريكا الشالية وأوروبا الغربية واسراليا ونيوزيلانده مجاوز ٥٠٪ من حجم التجارة الدولية للحبوب الغذائية في حن أن نصيب الدول النامية من هذه التجارة لا مجاوز ٥٠٪ من مجموع الواردات وحوالى ٢٪ من مجموع الصادرات . وفيا يتعلق بصادرات الدول النامية من الحبوب الغذائية نجد أن دولة واحدة هي الآرجنين هي المصدر الدائم بين هذه المحموعة وتمثل صادراتها حوالى ٩٠٪ من صادرات الدول النامية من القدمح وحوالى ٦٠ ــ ٨٠٪ من مجموع صادرات الدول النامية من الحبوب الغذائية الثانوية مثل اللرة . وفي الفرة ٩٥ ــ ٢٠ بلغت أيجارة الدول المتقدمة من الحبوب الغذائية حوالى ٨٠٪ في حين أن نصيب الدول النامية من صادرات هذه الحبوب الغذائية حوالى ٨٠٪ في حين أن نصيب الدول النامية من صادرات هذه الحبوب لم مجاوز ١٠٪ .

وعتل الانتاج الأمريكي بصفة خاصة مركزاً خاصاً يوثر على حرية السوق الدولي للقمح . فالولايات المتحدة الأمريكية تنتج ما ممثل ١٣ أو ١٥٪ من الانتاج العالمي ولاتسهلك سوى جزء ضئيل من هذا الناتج وبدلك ممثل المركز الأول بين الدول المصدرة للقمح وتمثل صادراتها نحو ٤٠٪ من مجموع الصادرات العالمية . وقد أدت الثورة التكنولوجية في الزراعة خلال الحمس عشرة سنة الأخرة إلى زيادة انتاج الحبوب في الولايات المتحدة الأمريكية مما ترتب عليه أن كل محاولات تقييد الانتاج بتحديد المساحة المروعة صاحبها زيادة هائلة في الانتاج جاوزت أثر التقييد

ويتين من ملاحظة اتجاهات الانتاج فى السنوات الماضية استمرار زيادة الانتاج كما يتضح من الجدول الآئى :

(حملة الانتاج بالمليون طن)

10/18	78/78	77/77	17/11	11/10	أهم الدول المنتجة القسح إ
V£,Y	£9,1	٧٠,٨	٦٦,٨	11,0	الإتحاد السوفيتي
40,1	71,7	Y4,V	77,7	177,4	الولايات المتحدة الامريكية
17,5	14,7	10,8	V, V	18,1	كندا
14.4	11.7	14,1	4,4	11,4	قرنسا
10,1	۸٫۱	0,4	١٫٥	٤,٠	الار جنتين
1000	۹٫۸ ۰	٨,٦	٧٫٧	٧,٤	استر اليا
4,4	1191	11,0	1124	1158	المند
٦,٨	۱ر۸	4,0	۳,۸	7,4	ايمانا ا
A, E	10,1	٨,٥	V ₂ 1	۲ ر۸	تركيا
۸٦,٣	41,0	۵۹,۵	۸۱,۰	AY,£	يلاد أخرى
Y Y Y , 1	749,7	177,1	777,4	Y 80, .	الحملة

وهذه الزيادة المستمرة فى عرض القمح لابد أن يصاحبها زيادة مماثلة فى الطلب والا ترتب على ذلك اختلال خطير فى سوق هذه السلمة . وهذا هو ما حدث بالفعل مما أدى إلى ظهور مشاكل جديدة خاصة بالمخزون والبيوع الحاصة وقبل أن نتعرض لهاتين المشكلتين نشير إلى تطور الطلب على الحبوب الذائبة .

٢ ــ الطلب عل القبع :

قى مواجهة الريادة الكبيرة فى الانتاج من الدول المتقدمة نجد أن الطلب لا يترايد الا بمعدل طفيف . فانخفاض مرونة اللحول للحبوب الغذائية فى الدول المتقدمة عمول دون زيادة الطلب نتيجة لزيادة الدخل الفردى . بل انه فى بعض الدول المتقدمة هذه المرونة سلبية بمعنى أنه يترتب على زيادة اللحل الفردى انخفاض طفيف فى الاستهلاك من الحبوب . وتعتبر الزيادة فى الطلب فى هذه الدول والناحمة عن زيادة السكان صغيرة نسبياً ولا تتجاوز عال من الأحوال 1/1٪ فى السنة .

ومن ناحية ثانية فان بعض ما يقيد زيادة الطلب على الحبوب الغذائية يرجع إلى اجراءات السياسة الحاثية التى تتبعها معظم الدول المتقدمة لحاية دخول المزارعين بها ، فكل الدول الغربية باستثناء المملكة المتحدة تتبع سياسة حمائية في مواجهة الوارادات من الحيوب الغذائية . أما في المملكة المتحدة فان حماية المزارعين تتم عن طريق دفع تعويضات لهم تسمح بتغطية نقص انحابهم عن الانحان المضمونة لهم . وكانت دول السوق الأوروبية المشركة تتبع حتى سنة ١٩٦٧ سياسة الرسوم الجمركية الحائية بقصد حماية انتاجها الداخلي من الحيوب ، وبعد ذلك التاريخ اتبعت دول السوق سياسة الاستقطاعات . Prelevement التي تعمل علي تسوية أثمان الاستبراد مواللا الاستبراد هو اللدي سيحدد في المستقبل اتجاه الانتاج والاستبراد داخل السوق الأوروبية وقد تم أول تحديد لهذه الاسعار سنة ١٩٦٤ وذلك مخفض أسعار الحبوب الغذائية في ألمانيا الغربية ورفع أسعاره في معظم دول السوق . وبصرف على زيادة انتاجهم ، فان وجود سوق أوروبية تتمتع مجاية في مواجهة الحارج عمن زدي إلى نقص استبراد دول السوق من الدول الأجنبية وبلملك محكن أن تؤدى إلى نقص استبراد دول السوق من الدول الأجنبية وبلملك تمتبر عاملا من عوامل نقص حجم التجارة الدولية للحبوب خارج السوق .

وفيا يتعلق بالدول النامية التي لا ترال تعانى من نقص في استهلاكها من الحبوب الغذائية فضلا عن ارتفاع معدلات زيادة السكان بها ، فان طلب هذه الدول من السوق الدولية للقمح محدود بنقص القدرة الشرائية لهذه الدول من العملات الأجنية . فحصيلة هذه الدول من العملات الأجنية ذات تترايد معدل طفيف نظراً لاعبادها على صادراتها من المواد الأولية ذات الطلب العالمي المحدود (باستثناء البترول) ، فضلا عن أن أتجاه هذه الدول نحو التصنيع يزيد من استبرادها من السلم الاستماريه والوسيطة بما مجمل حصيلها من العملات الأجنية المخصصة للحصول على الحبوب الغذائية عدد للغاية .

٧ - طبيعة سوق القمح الدولية - الفصام الصلة بن العرض والطلب :

رأينا أن سوق القمح تنظمه فى الغالب من الأحوال اتفاقات دولية بين المصدرين والمستوردين الأساسين وبلاك لا تترك الأثمان لمحرد تقلبات العرض والطلب . وإذا كان الغرض الأساسي من هذه الاتفاقات الدولية هو تثبيت أسعار القمح والحيلولة دون التقلبات الشديدة لها فان هيكل سوق القمح الدولية بعيد عن المنافسة وتتحكم فيه اعتبارات أخرى غير مجرد قوى العرض والطلب . وقد رأينا أن الانتاج الأمريكي للقمح يسيطر بشكل خاص على السوق الدولية للقمح . ومن ثم تباشر الولايات المتحدة الأمريكية تأثيراً احتكارياً على هذه السوق .

و جدف السياسة الأمريكية إلى تحقيق أهداف أخرى داخلية عبر مجرد التوازن بين عرض وطلب القمح. ولذلك فان سوق القمع الدولية لا يعتمد فقط على ظروف العرض والطلب واتما على السياسات الداخلية للدول المنتجة للقمح وبصفة خاصة الولايات المتحدة الأمريكية. وهذا ما يو كدما ذهبنا اليه في مقدمة هذا البحث من أن سوق القمح مختلف على غيره من أسواق السلع الأخرى من ناحية أهمية سياسة الدول الداخلية وظهور وسائل جديدة لتنظم الانتاج والتجارة مثل المخزون وتصريف الفائض عن غير الطريق التجارى المعتاد.

وقد سبق أن رأينا أن انتاج القمح يزيد ممعدلات أكبر من زيادة الطلب عليه (١). وقد كان من المكن أن يترتب على ذلك انحفاض الأسعار نتيجة لزيادة العرض على الطلب ومن ثم يقل العرض من ناحية ويزيد الطلب من ناحية أخرى مما يؤدى إلى قيام صلة بيهما . ولكن ترك أسعار القمع لقوى العرض والطلب على هذا النحو يذهب عكس اتجاه السياسة الداخلية للدول المنتجة للقمح واتى ترفض انحفاض أثمان القمح حماية لدخول المزارعين بها وإلى اقامة نوع من الصلة بين المدخول الزراعية والدخول غير الزراعية . فرك الأمور لقوى العرض والطلب وحدها كان يمكن أن يودى إلى الهيام شديد فى أسعار الحبوب الغذائية لولا السياسة التى تتبعها اللول المتقدمة والتي تقتضى بأن تحديد الانتاج والتجارة لا مخضع فقط للعرض والطلب

⁽١) المقصود طبماً هو الطلب المصموب بالقدرة الشرائية واليس مجرد الحاجة .

كما هو الشأن بالنسبة لأغلب السلع الأخرى . وصاحد الدول المتقدمة ، وبوجه خاص الولايات المتحدة الأمريكية ، على اتخاذ هذه السياسة المركز الاحتكارى الذى تمثله في سبوق القمح وفي أسواق الحبوب الغذائية الأخرى الثانوية والتي يمكن أن تكون متنافسة معها (الذرة) .

ولا تستطيع الدول المتقدمة ترك أسعار الحبوب الغذائية تنخفض اعهاداً على أن ذلك سيؤدى بالمضرورة إلى انتقال العمل الزراعى إلى فروع الانتاج الاحرى ومن ثم يتوازن هيكل الانتاج بها مع مقتضيات الطلب الداخلي والدولى . تحويل العمل الزراعى إلى فروع الانتاج الأخرى ليس مشكلة يسرة يمكن حلها في وقت قصير لأن الزراعة ليس بجرد عمل انتاجي ولكنها تمثل نرعاً معيناً من المعيشة . ولذلك فان هذا التحويل يفرض أعباء اجماعية مرتفعة على المزارعن و عمل أهمية سياسية كبيرة في الدول المتقدمة نظراً للأهمية السياسية للمزارعن في هذه الدول .

لكل هذه الاعتبارات فان بقاء المزارعين في قطاع الزراعة مع ضرورة توفير حد معقول من اللخول لهم يعتبر مشكلة داخلية في اللول المتقدمة . وتتخد هذه اللول السياسات الكفيلة بتحقيق أغراض سياسهم اللداخلية عا في ذلك التأثير على السوق اللولية للقمح . ولذلك فان تأثير السياسة الداخلية للدول المتقدمة على سوق القمح واضح وكبير ويفوق أثر العرض والطلب .

٨ - المسياسة الداخلية للدول المنتجة للقمج :

أدت السياسات الزراعية في معظم اللول الصناعية إلى زيادة الانتاج الزراعي بصورة أو بأخرى . ونتيجة التقدم الفي فان الانتاج يزيد بمعلل أسرع بكثير من معدل زيادة الطلب على ما سبق أن رأينا . وللملك فقد عملت معظم اللول إلى اتخاذ سياسات داخلية لجاية دخول المزارعين من الانخفاض . وقد سبق أن رأينا أن معظم اللول الصناعية المستوردة القميح تتبع سياسات حمائية لرفع دخول المزارعين مها . كذلك تعمد اللول المصدرة إلى تقديم معونات للصادرات من القميح حي تستطيع المنافسة في السوق اللولية .

وقد ترتب على ذلك أن الأسعار العالمية تعتبر منخفضة بالنسبة لكثير من المنتجن الذين يرون أن هذه الأسعار غير كافية لتحقيق دخول مناسبة لهم بالمقارنة باللمنحول غير الرراعية ، ومن ناحية أخرى تعتبر السوق ضيقة أمام المصدرين من القمح تتيجة للسياسات الحائية .

ولذلك فان السياسات الداخلية للدول الصناعية تقوم على اعانة ودعم انتاج القمح بها بهدف هماية دخول المزارعين ضد أى انخفاض مفاجىء كما حدث أثناء الآزمة العالمية ١٩٣٠. لذلك تضمن لهم السياسات الزراعية توفير دخول مناسبة لهم والأصل أن تأتى موارد الدعم في الدول المتقدمة من القطاعات الآخرى غير الزراعية ، وبعبارة أخرى فان الاجراءات الى تتخدها الدول المتقدمة لحاية دخول المزارعين بجب أن تمول عن طريق الاعباء الى تفرض على القطاعات الأخرى بها . ولذلك فان استمرار المزارعين في الانتاج بأثمان لا تحقق لهم دخولا كافية يرجع إلى تحمل القطاعات الأخرى في الدول المتقدمة لاعباء هذا الدعم . ولكن ذلك لا يعتبر تصويراً كاملا الوضع إذ أن جزءاً من تمويل الدعم قد نقل عبوه إلى الدول المستوردة للحبوب الغذائية عن طريق الآثار الناحمة عن البيوع الحاصة وسياسة التخزين على ما سترى .

وعلى ذلك فان جزءاً من سياسة النول المتقدمة في سوق القمح الدولية قد قصد به نقل جزء من اعباء توفير الدخول مناسبة للمزارعين بها إلى الدول الأحرى . وبذلك تستخدم السوق الدولية لتحقيق بعض أهداف السياسة الداخلية للدول المتقدمة .

ونحلص مما تقدم ان السياسات الداخلية للأسعار والانتاج جعلت من انتاج الحبوب وعلى وجه الحصوص القمح أمراً مستقلا عن العلاقات بين العرض والطلب ، وقد أدى ذلك إلى ظهور وسائل جديدة أهمها المخزون وقيام نوع جديد من العلاقات الدولية لتصريف جزء من فائض المخزون . وهو ما سنتناوله الآن .

٩ ـ المخزون من القمح :

رأينا أن هيكل التبادل التجارى وحجم الانتاج يتأثر في مسائل الحبوب الفذائية بالسياسات الداخلية للبلاد المتفدمة الحاصة بتثبيت الأسعار الزراعية وديم الزراعة . وقد أدت هذه السياسات إلى انقطاع الصلة تقريباً بن المعرض والطلب ولم يعد الانتاج متوقفاً على اعتبارات الطلب . وقد ترتب على ذلك ظهور فائض كبر في الانتاج من الحبوب الغذائية .

فنلد حرب كوريا تكونت كميات كبيرة من فائض الحبوب الغذائية ليس لها مثيل فى الولايات المتحدة الأمريكية وغيرها . وقد وصل المخزون فى بعض الأحوال التى ثلاثة أمثال مقابلة سنة ١٩٥٧ وهى السنة التى ساد فها الاعتقاد بأن المحزون من الحبوب يكفى لمواجهة الحاجات العادية التجارة .

والسبب فى تكوين هذا المخرون يرجع كما سبق الاشارة إلى الزيادة الهائلة فى الانتاجية فى المدول المتقلمة نتيجة للتقدم الفيى فى أمريكا الشهالية وأوربا خلال الحمسينات وأوائل الستينات بالاضافة إلى السياسات الداخلية المتحلقة مجاية الدخول الزراعية ومنع الأسعار من الانحفاض . أما بالنسبة للدول النامية فرغم ان انتاجها قد زاد خلال نفس القرة الا أن حاجاتها من هذه الحبوب قد زادت هى الأخرى بنسبة أكبر مما لا يمكن معه القول بأن زيادة الانتاج فى الدول النامية قد ساهمت بأى شكل فى تكوين الفائض المخرون للوجود حالياً .

ويين الجلمول الآتى حجم المحزون فى الدول المتقدمة من ١٩٥٧ – ١٩٦٣ – ١٩٦٣ (ملمون طن).

								١
۱۹۲۳ أرقام مؤقتة	1974	1411	1971	متوسط ۱۹۵۲ ۱۹۵۹	متوسط ۱۹۵۲ ۱۹۵۵	1407	التاريخ	
77,8 77,7 7,0 7,0 7,1	10,4 100 100	7c1 Vc1	70,A 13,T 1,Y 1,Y.	YA,* 1V,Y 1,8 1,0 4A,Y	19,7 11,9 1,0 1,7	V, • 0, 9 •, 10 •, 10 17, 0	أول يوليو أول أضطن أول ديسمبر أول ديسمبر	للقمح الولايات المتحدة كندا الارجنتين استراليا المجموع الحبوب الثانوية :
1,8			۲۸,۰ ٤,٦ ۲۲,٦	۶۹,۸ ۲,۵ ۵,۵	77,0 £,0 77,0	٣٨,0 ٣,٦ ٢٢,1	أول يوليو أول أغسطس	الولايات المتحدة كندا المجموع

situation mondiale de l'alimentation et de l'agriculture FAO. Rome 1963

وإذا كنا نلاحظ خلال العامين الآخرين نقص فى حجم المخرون فان ذلك يرجع إلى السياسة التى اتبعتها على وجه الحصوص الولايات المتحدة الأمريكية بتصريف الفائض وتحديد الانتاج . ولكن ذلك لا يمنع من القول بأن الهخرون يمثل كميات مبالغ فيها ويزيد زيادة كبيرة جداً عن الحاجات العادية للتجارة الدولية وقد أدت هذه الزيادة الضخمة في المخرون إلى ظهور نوع جديد من العلاقات الدولية هي البيوع الحاصة وبرامع المعونات .

وقد تطورت الفكرة السائدة خلال السنوات العشر الماضية حول هذه المسألة . فالفائض المخزون كان ينظر اليه كظاهرة موقتة نتيجة للسياسات الداخلية التى من شأنها عدم ربط الانتاج بالطلب وكان ينظر إلى المعونات والبيوع الحاصة على أنها وسيلة معتدلة لتصريف هذا الفائض ولكن الوضع اختلف الآن بعض الشيء . فاذا كان الفائض يرجع ولا شك إلى الاعتبارات الحاصة بدعم الزراعة فى الدول المتقدمة فقد بدأ يظهر فى الأفق تغير فى النظرة

للى البيوع الحاصة وبرامج المعونات ، فبدأت الدول النامية والمنظات الدولية فى البحث حول امكانية استخدام هذه الطاقة الانتاجية للدول المتقدمة فى سبيل تنمية الدول المتغيرة (على سبيل المثال برنامج التغذية العالمي)

Pam (Programme alimentaire mondiale)

وعلينا الآن أن نتناول البيوع الحاصة باعتبارها الوجه الآخر المكمل لظاهرة ترايد المحزون من الحبوب الغذائية .

١٠ - البيوع الخاصة وبرامج العوثات :

ترتب على تنظيم سوق القمح على النحو المتقدم وظهور المخرون وزيادته بشكل كبير ظهور نوع جديد من العلاقات الدولية في شكل جديد متعلق بالبيوع الحاصة وبرامج المعونات التي تمنح للدول النامية بشروط يسيرة وقد زادت أهمية هذه البيوع الحاصة وأصبحت تمثل نسبة مرتفعة من التبادل الدولى للقمح . ففي خلال ٩٩ – ١٩٦٣/٣١١ ساهمت هذه البيوع الحاصة بحوالي ٣٩٪ من حجم التبادل الدولى للقمح .

ويين الجدول التالى المبيعات الخاصة من القمح للدول النامية ونسبتها إلى الانتاج العالمي والصادرات العالمية من القمح (آلاف الأطنان) .

الثبة	المسادر ات	النسبة المثوية	الانتاج العالمي	المبيعاث بشروط	
المئوية				شاصة	السئة
۸ ر۱۳	4780.	۱۱ر۳	177774	7417	متواسط ۽ ٥–٥٥
13,1	0 F 3 A 7	-	-	1007	0 A-0 Y
Te+7	79009		-	3.4.	a4-0X
YY33	T+AAA	7,5	140450	Aoro	709
Y03A	20059	۸٫۲	1677-6	4711	71-7.
44,4	£Y+7Y	۸,۰	379716	11-1-	77-71

باستثناء انتاج الدول الاشتراكية

World Wheat Statistics. : الصدر

وأهم صور هذه البيوع تلك الى تتم وفقاً للقانون الأمريكى المعروف

Public Law, 480 الصادر في سنة ١٩٥٤. ولا بهمنا هنا دراسة أحكام هذا القانون واتما نشير فقط إلى أنه يسيطر على هذه البيوع الحاصة المبادىء التي أشارت الها منظمة التغذية والزراعة بصدد تصريف الفائض الزراعي (١) وتبن هذه المبادىء العامة أهمية زيادة الاسهلاك من الحبوب الغذائية دون أن يترتب على ذلك أى تأثير على الانتاج أو التبادل اللولى للحبوب الغذائية. والأهداف التي يجب توضها في برامج البيوع الحاصة والمعونات تنحصر فها يلى :

- (١) رفع الاستبلاك .
- (ب) تصریف الفائض بشکل منظم یحول دون آمپیار مفاجیء للأسعار .
 - (ج) تجنب الآثار السيئة على الانتاج والتبادل الدولى .

وبتطبيق هذه المبادىء على برامج البيوع الخاصة والمعونات نجد أنها تحاول التوفيق بن نوعين من المصالح التي يمكن أن تتأثر بهذه البرامج :

مصالح الدول المستوردة والمستفيدة من هذه البرامج (أسعار منخفضة دفع بالعملة المحلية بتسهيلات اثبانية يشروط غير تجارية) — ومصالح الدول المصدرة الأخرى التي قد تخشى من تضييق نطاق أسواقها وانخفاض أثمان صادراتها . ولذلك فالهدف من هذه المبادىء أيضاً هو حماية مصالح الدول المصدرة الأخرى .

وتقرر هذه الحاية اعهاداً على أن البيوع الحاصة والمعونات توَّدى إلى رفع الاستهلاك فى المعنفاض فى حجم الاستهلاك فى المعنفاض فى حجم التبادل التجارى وبالتالى لا توَّدى هذه البيوع الحاصة إلى انقاص حجم الواردات العالمية . وذلك لأن هذه البيوع الحاصة انما توجه إلى اللول النامية الى تحتاج إلى الحبوب الغذائية والتي لا يكون فى مقدورها أن تتدخل فى سوق

Conérence de la FAO, Septieme cession, Resolution 14, Rome 1954. (1)

القمح مشريه نظراً لضعف قدرتها الشرائية . ولذلك فان هذه البيوع الحاصة وان أدت إلى رفع الاسهلاك من الحبوب الغذائية الا أنها لا تقتطع أى جزء من التجارة الدولية لأنها لا تحل محل الواردات للدول القادرة على الاستبراد وبذلك لا تتأثر مصالح الدول المصدرة .

١١ - أثر البيوع الخاصة على سوق القمع :

يتضح من العرض المتقدم ان الالتجاء إلى نظم التخزين والتصريف عن طريق البيوع الحاصة والمعونات هو وحده الذي يكفل منع أسعار القمح العالمية من الانخفاض الشديد . فلولا هذه الاجراءات الرتب على زيادة العرض على الطلباغفاض أثمان القمح بدرجة كبيرة . (ولكن هذا الانخفاض المنديد للأسعار قد يودي إلى خروج عدد كبير من المنتجين اللين تزيد نفقة التاجهم عن هذه الاثمان المنخفضة . وقد سيق أن رأينا ان سوق القمع العانات تصدير وان هذه الاعانات تصملها القطاعات غير الزراعية في الدول المتقدمة . واياً ماكان الأمر فان الانتجاء إلى النظام المزدوج من التخزين والبيوع الحاصة قد ساعد الانتجاء إلى النظام المزدوج من التخزين والبيوع الحاصة قد ساعد على رفع أثمان القمح في السوق العالمية ، وبين الجدول التالى : مجموع البيوع الحاصة والمخزون لدى الولايات المتحدة الأمريكية ونسبته إلى الانتاج العالمي والصادرات العالمية لقمح .

النسبة المثرية (-)	الصادر أت المالية	النسبة المثوية ب%ا	الانتاج المالمي (ب)	المبيعات الخاصة والاضافية إلى المخزون (1)	السنة
¥ 8, 8	***********	۵,۶	177774	7987	مترسط ¢ ۵ / ۵ ۵ ۵۸ / ۵۷
0 T 1 T	74704 X4447	1,4	170780	104.4	1./04
77,0 0,7	13077 77-73	۸,۸ ۱,۸	1878-8	170X8 7779	11/11

باستثناء الدول الاشتراكية المصار : World Wheat Statistics وقد سبق أن اشرنا إلى أن الاعتبارات التي تحكم العرض في الدول المتقدمة لا يمكن ضغطها بسهولة نظراً لارتباطها بضرورات سياسية داخلية متعلقة بأوضاع الزراعة بها ودخول المزارعين . ومع هذه الضرورة السياسية الداخلية للدول المتقدمة نجد أن أسلوب التخزين والتصريف عن طريق البيوع الحاصة يحقق أكبر قدر من المنفعة لهذه الدول . إذ أنه يسمح باقتطاع جزء من العرض الزائد على حاجات الطلب وبالتالى يعمل على عدم ابهيار أثمان القمح في السوق العالمية . ومن هذا الطريق يكون التخزين والبيوع الخاصة وسيلة لتمكن الدول المصدرة للقمح من تحميل جزء من اعباء دعم الوراعة بها على المستوردين للقمح بالشروط التجارية . فاذا لم يوجد هذا النظام ... وفي ضوء ضرورة حفظ دخول المنتجن الزراعيين في الدول المتقدمة من الاغفاض... كان ينبغي على حكومات هذه الدول أن تقدم اعانات ضخمة جل التنظية الفرق بين نفقة الانتاج والأسعار العالمية المهارة . وبعبارة أخرى كان يفرض كل اعباء دعم الزراعة في الدول المتقدمة على القطاع غير الزراعي كان يفرض كل اعباء دعم الزراعة في الدول المتقدمة على القطاع غير الزراعي ما . أما في ظل النظم القائم على التخزين والبيوع الخاصة فان جزءاً من العبء قد نقل إلى الدول المستوردة بالشروط التجارية .

بعد هذا الاستعراض للوضيم الراهن للسوق الدولية للقمح علينا أن نشير الآنجاهات المستقبلة الآن إلى بعض المؤشرات التي قد تغيرت في بيان الانجاهات المستقبلة للتطور . وهذا ما سنقوم به الآن على أن يكون مفهوماً أنه يقيد من دلالة هذه الانجاهات مايشوب كل دراسة متعلقة بالمستقبل من قصور ناجم عن عدم القدرة على الاحاطة بكافة التغيرات فضلا عن أن نقص البيانات المتاحة في هذا الصدد والتي تساعد على تجسس الانجاهات العامة للتطور .

١٢-الاتجاهات الستقبلة:

قلت مساهمة الدول النامية في التجارة الدولية في الوقت الذي أعدت فيه الحطط لزيادة معدل النمو فيها والذي أشار فيه عقد التنمية للأمم المتحدة عمدل ٥٪ سنوياً للدخل القوى ، هذا المعدل المرتفع للنمو يفرض زيادة معدل الاستيار زيادة كبيرة وبالتالي زيادة المواردات من السلم الاستيارية

والسلع الوسيطة . فاذا استمرت صادرات اللول النامية على ما هى عليه من الزيادة الطفيفة فان هذه اللول ستعانى بلا شك من مشاكل فى موازين مدفوعاتها وعلى وجه الحصوص فيا يتعلق باستبراد المواد الفدائية .

وقد نشرت منظمة التغذية والزراعة سنة ١٩٦٧ توقعات عن أهم الحبوب الغذائية لسنة ١٩٩٧ و (١) والمقصود من هذه الدراسة التي أجرتها منظمة التغذية هو التنبؤ بالطلب على أهم المواد الغذائية الداخلة في التجارة اللولية لبيان ما إذا كان ثمة اختلالات خطيرة يمكن حدوثها وبالتالي تشير إلى مواضع الضعف وأسباب الأزمات. وقد بينت هذه الدراسة على عدد من الفروض التي تتعلق معدل زيادة السكان ومعدل نمو الدخل وبالسياسات من الفروض التي تتعلق معدل زيادة السكان ومعدل نمو الدخل وبالسياسات

وبالنسبة لزيادة السكان : فقد اتخلت المعدلات المتحققة وهمي ١٫٧ للدول المتقدمة ٢٫٤٪ للدول النامية .

_ وفيا يتعلق بمعدل النمو ، فقد لجأت الدراسة إلى وضع فرضين : الأول : فرض ضعيف وفيه أن النمو سيحقق نفس المعدلات المحققة في الماضي (الحمسينات) أي حوالي ٣٩،٩٪ للدول المتقدمة ، ٤٠١٪ للدول النامية . أما الفرض الثانى : فرض قوى فهو يعتمد على توقيعات الخطط في أغلب الدول ويفرض ه٪ للدول المتقدمة وحوالي ٥٠/٤٪ للدول النامية .

أما فيا يتعلق بالأنمان والسياسات الاقتصادية للدول ، فانه وفقاً لعرف سائد في هذا النوع من الدراسات فقد افترض انه لن ينالها أى تغيير. ولكن هذا الفرض المتعلق بثبات الأثمان والسياسات الاقتصادية ليس سوى نقطة ابتداء ، فاذا تبين أن ثمة اختلالات شديدة بين العرض والطلب يتوقع حدوثها فلابد من مواجهة هذه الاختلالات باتخاذ الاجراءات الكفيلة بالقضاء علها على في ذلك تغيير الأثمان وتغيير السياسات الاقتصادية الأخرى .

Produits agricoles — Projections pour 1970, Rapper (1) FAOSur les (1) produits, 1962, supplement special FAO

الدول النامية : ونتناولها من عدة زوايا :

١ ــ الحاجات الغذائية .

۲ ـــ الانتاج الزراعي .

٣ ــ التجارة الدولية .

وفيا يتعلق بالحاجات الغذائية فانه وفقاً لمدل الزيادة فى السكان وفى الدخل الفردى وطبقاً لمرونة الدخل للمواد الغذائية فان الطلب على المواد الغذائية سريد بمعدل ٤٠٤٪ سنوياً تقريباً فى الدول النامية (باستثناء الارجبتين وارجواى) .

أما فيا يتعلق بالانتاج الزراعي فرغم أن ثلثي السكان يشتغلون في الزراعة في معظم اللول النامية الا أسم لا يقلمون سوى نصف الناتج القومي بما بجعل اللخل الفردى في القرطاع خبر الدخل الفردى في القطاع خبر الزراعة على النحو بالمعلى السابق أي يحوالي ٣٪ سنوياً فإن الانتاج في القطاع غبر الزراعي ينبغي أن يزيد بمعدل ٤٠٪ حتى يمكن تحقيق معدل الزيادة في الدخل القومي ٧٠٪ إذ إذا كانت الزيادة في السكان حوالي ٤٠٪ سنوياً في القطاعين فإن ذلك يمي زيادة المناط الفردى الزراعي بحوالي ٢٠٤، ٥٠ هـ في المنحل الفردى غبر الزراعية والمنحول غبر الزراعية والمنحول غبر الزراعية لابد وإن تنشأ مشكلة في التغلية .

وإذا زاد الانتاج الزراعي بمعدل ٤٪ فاننا نحصل على زيادة في الدخل الفردى الزراعي ١٦٠٪ . وعلى أي الفردى الزراعي ٤٠٪ . وعلى أي الأحوال فاذا كان معدل الزيادة في الانتاج الزراعي أقل من ٤٪ سنوياً فان الطلب على الواردات الزراعية سيزيد زيادة كبيرة .

وأخيراً فيا يتعلق بالتجارة الدولية للدول النامية نجد أن حجم العجز التجارى للحبوب الغذائية قد زاد حوالى مليار دولار فى القرة بن ٣٣/٥٥ –

١٩٦١/٥٥ . ويمكن تثبيت هذا العجز دون زيادة إذا نجحت الدول النامية
 فى تنفيذ خطط التنمية بها .

والخلاصة أنه ينبغى على اللىول النامية أن تزيد انتاجها الزراعى بما لا يقل عن ٤٪ سنوياً .

الدول التقدمة:

من المنتظر أن تستمر هذه الدول على تحقيق فاتض فى انتاجها من الحبوب الغذائية بحيث تستمر الزيادة فى العرض على الطلب لهذه الحبوب الغذائية فى حالة تحقيق معدل نمو مرتفع ٥٪ سنوياً فان الطلب على الحبوب الغذائية لن يزيد فى هذا الغرض عن ٢٠١٪ فى حين أن الانتاج ينتظر أن يزيد محول عملية وعلى ذلك فان قدرة هذه الدول على تحقيق فائض فى انتاج الحبوب الغذائية ستستمر خلال السنوات القادمة .

ونبين فى الجدول أثر زيادة الانتاج بـ ٢٫٢٪ سنويًا على قدرة الدول المتقدمة على التصدير . الميزانية الغذائية للدول المتقدمة سنة ١٩٧٠

	الارقام القيا بالأسمار ١١/٥٩		النسبة المثوية السنوية خلال السنوية
المعللوب من المواد النذائية	1	177	۲٫۱
الصادرات الغذائية من الدول المتقدمة إلى الدول ا النامية	1,77	۲,۲+	٧,٢
الصادرات الغذائية من الدول النامية إلى الدول المتقدمة	۲,۰-	7,1-	1,9
الصادرات الغذائية الصافية من الدول المتقدمة			į
إلى الدول النامية الانتاج الغذائي	14,7	+۸و۰ ۸و۱۲۲	۲,۲

ومن هذا الجدول يتضع أنه يكفى أن يزيد الانتاج السنوى ٢٠,٢٪ بالنسبة للطلب ٢,١٠٪ حتى تتضاعف قدرة الدول المتقدمة على التصدير للدول النامية ٣,٢٪ مقابل ٢,١٪ . ولكن إذا استمرت صادرات الدول المتقدمة إلى الدول الاشراكية على المعدل الذي تحقق في السنوات الأخيرة فان قدرة الدول المتقدمة على التصدير الدول النامية ستقل كثيراً . ومن هنا يتضح ان الانتاج الزراعي في الدول الاشراكية سيلعب دوراً أساسياً في هيكل السوق الدولية للقمح . فاذا استمر عجز هذه الدول في الانتاج الزراعي مما يزيد من واردامها من الدول المتاحدة فان المتاح الدول النامية سيقل دون أدني شك .

الحلاصة : ينبغى على الدول النامية حتى تستطيع أن تحقق خططها المتعلقة بالتنمية أن تريد صادراتها لكى تتمكن من مواجهة وارداتها المترايدة . وقد قدرت حاجاتها إلى زيادة الواردات محوالى ٣٪ سنوياً ولكن قدرتها على التصدير لن تريد الا محمل ٣٠٥٪ (باستثناء اللول المصدرة للبترول) . وفي هذه الحالة لايد من انجاد وسيلة لتغطية العجز في موازين المدفوعات .

وبما تقدم يتضح أن أهم مشكلة تواجه الدول النامية هي مواجهة الطلب المترايد من الحبوب الغذائية مع عدم قدرتها على زيادة حصيلها من العملات الأجنيية . وبمكن أن نتصور وسيلتين لعلاج هذه المشكلة . الوسيلة الأولى هي أن تزيد أهمية البيوع الحاصة ، أما في شكل ثنائي كما هو الحال بالنسبة لمرنامج المانون ٤٨٠ الإمريكي أو في شكل حماعي كما هو الحال بالنسبة لمرنامج التغذية العالم.

أما الوسيلة الثانية فهى تقليل اعباد النول النامية على الواردات من الحبوب الغذائية بزيادة انتاجها الزراعي .

وأخيراً فيا يتعلق باتجاهات المخرون من الحبوب الغذائية فقد زاد زيادة كبيرة بالنسبة لأوائل الخمسينات وإذا كان المخرون قد نقص فى السنتين الآخرتين فان ذلك يرجع إلى السياسة المتبعة فى تصريف المخزون والرقابة على الانتاج فى الولايات المتحدة الأمريكية ومع ذلك فلازال المخزون يعتبر مبالغاً فيه بالنسبة لحاجات التجارة المادية .

وكل ما تقدم أنما كان يشعر إلى زيادة الطلب في الدول النامة الناحة من زيادة اللنحل . أما إذا محننا عن الحاجات الغذائية لهذه الدول فان هذه الحاجات اللازمة من الحبوب تزيد على ما تقدم . ففي دراسة حديثة لمنظمة التغلية والزراعة (١) نشير إلى أنه إذا استمر السكان على الزيادة الحالية فانه ينبغي زيادة الامكانيات الزراعية المتاحة به ٣٠٪ في سنة ١٩٧٥ وذلك لفظ مستوى التغلية الحالى دون أي تحسن . فاذا أريد فضلا عن ذلك رفع هذا المستوى وتغطية الحاجات اللازمة فانه ينبغي زيادة هذه الامكانيات به ١٠٠٪ أو حيى به ٢٠٪ إذ اخلانا في الاعتبار المواد الغذائية ذات الأصل الحيواني .

١٣ ـ توقعات سنة ١٩٧٥ :

وقد قام خبراء منظمة الأغلية والزراعة بدراسة جديدة التوقعات المتعلقة سنة ١٩٧٥ السنوات العشر التالية أى حي سنة ١٩٧٥ والاختلافات بن هذه الدراسة والدراسة السابقة يرجع إلى النغر اللى طرأ على سوق القصح بن ١٩٦٠ – ١٩٦٥ فقد تغير وضع الحبوب الدولى وبصفة خاصة انخفضت الكيات المخرونة في هيم البلاد . ويرجع السبب في النقص من الكيات المخرونة في السنوات الأخرة إلى بعض العوامل الطارئة مثل عجز الانتاج في الاتحاد السوفيتي ونزوله مشرياً من السوق الدولى للقمع . كذلك صدرت في الولايات المتحدة الأمريكية عدة اجراءات لتقييد انتاج القمع من انتاج القمع المدور قانون سنة ١٩٦٥ لتنظم الزراعة يسمح للمزارعين بالتحول من انتاج القمع في حدود أوسع نما كان من انتاج القمع المدورة وسع نما كان

وقد اتبع خبراء المنظمة نفس الطريقة التي اتبعت فى التوقيعات السابقة . أى قاموا بوضع فرضين لنمو اللنخل القومى أحدهما مخفض والآخر مرتفع وذلك بنفس النسب السابقة .

⁽¹⁾ Troisième enquete mondiale sur l'alimentation, compagne mondiale contre la faim, etude de base no (11) FAO, Rome 1963,

ويتضح من هذه التقديرات أن العالم ككل يتوقع في عام ١٩٧٥ انتاجاً من القمح قدره ٣٠٢،٨ مليون طن وطلباً قدره ٢٩٣،٢٥ مليون طن أي تحقيق فائض قدره ٩٩ مليون وذلك حسب الفرض المنخفض . وتصبح هذه الأرقام في حالة الفرض المرتفع ٢٩٠،٦١ مليون طن للانتاج ٢٩٥،٦٠ مليون طن للانتاج ٢٩٥،٦٠

وتوزيع هذه التقديرات بالنسبة للمناطق يوُّدي إلى أن :

 اللول النامية تحقق انتاجاً قدره ٥,١٥٥ مليون طن وطلباً ٧٤,٨ مليون طن يعجز قدره ١٩,٧ مليون طن فى ظل الفرض المنخفض سنة ١٩٧٥ .
 وينخفض هذا العجز إلى ١٣ مليون طن فى ظل الفرض المرتفع .

الدول المتقدمة تحقق انتاجاً قدره ١٤١,٨ مليون طن وطلباً ١٠٥,٢ مليون طن بفائض قدره ٣٦,٦ مليون طن فى الفرض المنخفض ، ويرتفع الفاقض إلى ٣٧,٧ مليون طن فى ظل الفرض المرتفع .

الدول المخططة مركزياً تحقق انتاجاً قدره ١٠٥,٩ مليون وطلباً قدره ١٩٣,٢ مليون بعجز قدره ٧,٣ مليون طن للفرض المنخفض . ويقل هذا العجز ألى ٨,٩ مليون طن فى ظل الفرض المرتفع .

ويبىن الجنول الآئى هذه التوقيعات

جدول الانتاج وإحمالى الاستهلاك وميزان القمح فى متوسط الفترة من ١٩٦١ – ١٩٦٣ والمتوقع حتى ١٩٧٥ تحت الفروض الأخرة

بالمليون طن

						1440				
on II tomi	متوسط	النترة ۲۱	177-19	١	الة	رض المنخف	غن	ألغر	رض المرثف	
الإقاليم والبلاد	الانتاج	الاستبلاك	التجار	7	الإنتاج	ألطلب	الموازنة	الانتاج	العللب	الموازنة
البلاد النامية	4.4.4	۳٫۰۰	۲۴٫۳		00,1	V£,A	19,7	11,7	٧٧,٧	172.
المتورد (أ) تشبل مصدرين أساسيين	۳۱٫۷	٤٧,٣	11,1	l	10,1	71,7	۲۲,۱	0 8, 7	۷۳,۹	19:1
أمريكا اللأتينية(ب) تستبعد الاجنتين	1,1	۸,۷	٤,٧		۷,۵	172	٧,٣	٧,٠	17,0	7,0
البر ازيل	٠,٥	۲,٦	۲,۲		۰,۷	1,0	7,7	٧,٠	٤,٢	7,0
شيل	1,8	1,8	٧,٠		1,8	1,9	1,0	1,7	1,9	*,7
أفريقيا	۳,۲	٤,٧	1,0		1,7	1,4	7,7	0,7	٧,٧	1,0
شمال غِرب أفريقيا	٧,٧	۰ ۲٫۰	۸و۰		٤,١	0,1	1,1	£,A	0,4	+, 5
شرق أفريقيا	ه ۲۰ م	٠,٧	1,1	ارقام	٠,٦	1,1	٠,٥	۸,۰	1,1	4,8
الشرق الأدنى	۸٫۷	11,8	٧,٠	3	17,0	17,7	۲,۸	18,0	17,1	۲,٦
الحمهورية العربية المتحدة	٥,١	7,1	۸و۱	انتجارة لاتسارى	۲,۱	£,V	٦,٢	۲,۱	₹,٧	7,7
الشرق الإقصى ((تستبعه تايلاند	10,7	77,7	٧٫٣	15	77,7	Y4,1	17,4	YA, .	44,4	۸,٦
الهند (د) الطلب المقدر يعتمه على	۳ر۱۱	12,7	٧,٧	19	17,5	1773	1,7	41,1	74,7	٧,٢
مترسط عام ۱۹۵۹–۱۹۹۵										
باكستان	٤,٠	۳٫۰	1,1	13	0,8	٧,٨	Y, £	٥٫٦	۲ر۸	1,7
المدرين الإساسيين :	٦,١	٣,٠	۲,٤	13,	1,1	٧,٧	٦٫٤	10,1	۸و۲	7,4
الارجنتين	1,1	۰ر۳	۳,٤~	.37	1,1	۳,۷	٧,٤-	1 - , 1	۸٫۳	٦,٣-
البلاد ألمتقدمة	1.0,7	۷٫۲۸	14,4	K:12	141,4	100,7	44,4-	111,4	1.6,%	44.1-
المستوردة تشمل مصدرين أساسيين]			5				ļ		
B. B. C. آخرين	۰۱٫۰	77,7	17,0	والاستبلاك	٦٨,٢	٧٠,٢	٧,٠	74,7	۳٫۵۷	1.5
المملكة المتحدة	۸ر۲۰	٧٧,٠	1,1	1	٣٥,٠	77,7	۲,٧.	70,0	44.	Ψ3·-
بلاد أوربية أخرى	٣,١	٧,٦	1,1	j.	0,8	۸,۳	٧,٩	0,8	۳,۸	Y24
چئرپ آوريا	٣,٢	٤,٢	١,٠		۳,۰	٤,٥	١,٠	۰ ۳٫۰	٤,٤	*,4
اليابان	17,5	۲۰,۱		13	44,4	14,0	۰,۷	A _c YY	٧,٧	
المصدرين الاسماسيين الولايات المتحدة الأمريكية	1,8	٤,٣	۳,۰	3	1,1	7,1	0,4	1,1	٦,٤	4,17
الولايات المتحدة الأمريكية	٦٤٩٩	1,77	41,4-		٧٣,٦	۲۰٫۰	14,1-	٧٣,٦	70,7	£ 424-
اعدا	71,0	13,1	19,4-	9	11,7	71,7	44,0-	11,7	41,5	04.4~
استرانيا	14,7	٤,٠	11,5-	١.	17,7	2,9	17,7-	17,7	0,1	17,7-
جنوب آفريقيا 140-15- 1 م م مه اسم	٨,٠	۲,۰	٦,٠-		10,1	٧,٥	٧,٧-	1+54	Υ,0	٧,٧
للاد التخطيط الركزي	۰,۸	1,*	7,*	l	1,1	1,4	+,4	1,1	1,4	٠,٣
روسیا شرق أوروبا	۸۳,۳	41,4	٩,٣		100,9	117,1	V ₂ Y	117,0	117,7	۸ر۰
	0.,.	19,4	-۸٫۰		7,90	۵۷٫۵	۲,۱-	18,8	27,1	۸,۳–
الصين الشعبية (تشمل منغوليا وكوريا	14,7	14,1	0,1		13,	71,7	٤,٣	17,7	7,7	£3*
رفيتنام الشالية	19,7	71,0	0,1		4.4	Y = , £	۱۰٫۱	71,1		0,1
أجالى المالم	1444'A	YYA,A	۰,۷		۸,۲۰۲	1447,4	4,4-	111,1	790,7	44,0-

تقرير مقـــدم إلى ندوة العقوبة والتدابير الاحترازية من الدكتور ومسيس بهنام استاذ ررئيس تم النانون الجنال مجامة الاسكتدرة

المقوبة والتدابير الاحترازية :

 ١ - إن الوقوف على معنى اضطلاح ما ، لا يتأتى بدون رجوع إلى المصدر التاريخي لهذا الاصطلاح ، والظروف التى نشأت فها الحاجة إلى استخدامه وإلى الاستفادة من الفكرة المعر عنها فيه .

وإذا كانت العقوبة قديمة قدم الإنسانية ، فإن التدبير الاحترازى حديث العهد بالميلاد ولا يزال في الطريق إلى اكبال النمو .

ذلك لأن مقابلة الأذى بمثله أو بأشدمنه ، ميل فطرى نشأ بنشأة الانسان ، وكانت العقوبة صورته العملية ، حتى أنها كانت تصيب أى مصدر للأذى إنساناً كان أو حيواناً أو حاداً .

ولقد ظلت العقوبة على مدى الأجيال تلعب دور الانتقام من الجانى ، حتى أنها بلغت فى القرن الثامن عشر درجة قصوى من القسوة والشراسة جعلت أثمة الفكر فى عصر النور يندون لمهاحمها والكفاح ضد فظاعها .

فكانت الأشغال الشاقة تنفذ فى لومبارديا بإيطاليا فى صورة الإلقاء بالمحكوم عليهم فى مراكب جمهورية البندقية ، وكانوا يلقون حتفهم فى قاع المراكب دون أن يعلم أحد سرهم .

وكان الإعدام ينفذ فى فرنسا بطريق الحرق أو تكسير الضلوع على عجلة دائرة ، وعرف الفرنسيون عقوبة انتقدها موننسكيو فى كتابه عن روح القوانين ، كانت تنفذ بإيقاف المحكوم عليه مثبت الجسم على عامود ، بينما تطبق حول رقبته حلقة متصلة بالعامود ذاته ، فى سبيل تعريضه لسخرية وأنظار الجمهور .

ويرجع الفضل في إعلان الحرب على وحشية العقوبات ، إلى الأستاذ الإيطالى بيكاريا وإلى الكتاب الذي أصدره في سنة ١٧٦٤ بعنوان أالجرائم والعقوبات ، فقد كان هذا الكتاب صيحة مدوية في التاريخ استجابت لها كافة الشعوب والقوانن ، ونورد فها يلي بعض عباراته :

فقد جاء في البند ١٥ من الكتاب ما يأتي :

اليس الهدف من العقوبات التثيل والتنكيل بكائن حساس ، ولا أن تزال الجريمة وقد صارت أمراً واقعاً ... أيمكن لصرخات شقى أن تعيد إلى الذهن صورة أفعال سبق أيمكن لصرخات شقى ولا يمكن أن يعود ؟ .

إنما الهدف هو منع المحرم من إحداث أضرار جديدة بمواطنيه والمباعدة بين الآخرين وبين إحداث مثل هذه الاضرار ... ومن ذا الذي يقرأ أحداث التاريخ دون أن يستيشع التعذيبات الربرية العقيمة التي ابتدعها ونفذها رجال يقال عمم إنهم أهل علم ؟

يكنى لكى يكون للمقوبة أثرها ، أن يكون الأذى الكامن فى المقوبة متجاوزاً النفع الناتج من الجريمة ، وأن يكون هذا القدر من التجاوز ، حين محسب حسابه ، دافعاً إلى استحالة قبول العقوبة ، والرضاء بدلا مها بفقدان النفع الذى كان من شأن الجريمة أن تنتجه ، وكل ما يزيد فى العقوبة على ذلك ، يحتر من النوافل وبعد بالتالى من قبيل الاستبداد ..

وكلما زادت التعذيبات شراسة ، فإن النفوس البشرية ، وهى تشبه السوائل فى بلوغها دائماً مستوى الأشياء المحيطة بها ، تألف تلك التعذيبات وتعتاد عليها ؛ وإن ما للعواطف من قوة مشبوبة دائماً ، يؤدى بعد ماثة عام

من تعليبات شرسة إلى كون عجلة التعليب لا تثير من الذعر أكثر مما كان يشره قبلها أسر السجن ...

وهناك تتيجتان أخريان وخيمتان تنشآن من شراسة العقوبات المتمارضة مع الهدف المنشود ، وهو باللهات الوقاية من الجرائم . النتيجة الأولى أنه ليس من السهولة بمكان حفظ التناسب الجوهرى بين الجريمة وبين العقوبة ، ذلك لأنه وإن كان التفن في الشراسة قد تمخض عن أنواع كثيرة من العقوبات ، إلا أن هده الأنواع لا يمكن أن تتمدى القوة القصوى التي تقف عندها التشكيلات والإمكانيات البشرية . وببلوغ هذا الحد الأقصى ، لا تثبقى بعدئذ للجرائم الأكثر إضراراً وفتكاً ، عقوبة على درجة أشد من الجسامة ، تواجه هذه الجرائم في سبيل الوقاية مها .

والتنبجة الأخرى أن فظاظة العقوبات ينتج مها انعدام القوة الرادعة للعقوبة . ذلك لأن الناس محصورون بن قيود معينة سواء فى الحير أوفى الشر، وإن منظراً غاية فى الفظاعة بالنسبة للبشرية ، لا يمكن إلا أن يكون نزوة هياج عارضة ، ولن يكون محال ما نظاماً مستقراً من قبيل ذلك الذي مجب أن تكون عليه القوانين ؛ وإن القوانين الشرسة حقاً ، مآلها هو إما أن تعدل وإما أن ينتج مها حيا فقدان كل قوة رادعة .

تلك هي عبارات الأستاذ بيكاريا ، وهي على وضوح لا حاجة بعده إلى مزيد من الإيضاح .

ويستخلص من تلك العبارات ، أن اشتغال العقوية بالتكفير عن جرم مضى ، يصرفها عن الغاية المنشودة منها وهى التوقى من جرم مستقبل .

وكانت هذه الفكرة عتابة ومضة فكرية نحولت إلى ضوء وهاج في المذهب الواقعي الذي صاغته المدرسة الوضعية الإيطالية بزعامة الأستاذ إثريكو فرى . فبعد أن أفصح بيكاريا عن تلك الفكرة بشأن الفاية من العقوبة ، ووجه النظر كذلك إلى أن الوقاية من الجرائم خير من العقاب عامها (البند ٦٦ من الكتاب) ، وإلى أن العقوبة على جربمة ما ، لا يمكن وصفها بأنها عادلة (أى ضرورية) إلا بعد أن يكون القانون قد استخدم أفضل وسيلة بمكنة محسب ظروف الشعب في سبيل الوقاية من هذه الجريمة (البند ٣٦ من الكتاب) جاء إنريكو فرى وبلور كل ذلك في نظريته الشهرة حول جرية السلوك . الإجراى ، والهدف الواجب أن يتجه اليه الجزاء على هذا السلوك .

فقد نادى إنريكو فرى بأن المحرم مسر غير غير، وبأن الجريمة فعل كان من المحم أن يقع مثله من شخص بمثل طباع فاعله وفى مثل ظروف هذا الفاعل ، كونية كانت هذه الظروف أم اجباعية . فالجريمة فى نظره وليدة التفاعل بين عوامل ثلاثة أحدها عامل عضوى هو طباع ذاتية للدى المحرم لم يكن له يد فى إيجادها بنفسه ، والآخران عامل كونى مادى وعامل الجباعي روحى ، تفاعل معهما عامل الطبع ، فكان أن نتجت الجريمة من هذا التفاعل لكونها تمرته الطبيعية الحتمية ، ولأن الارادة ليست فحسب مقدمة لنتائج وإنما هي فى ذاتها تتيجة لمقدمات .

وبدا طرح إنريكو فرى من بن أهداف العقوبة هدف التكفير عن ذنب إذ قال بأن الجريمة لا ذنب فيها للمجرم وإنما الذنب فيها راجع إلى طباع لم يكن للمجرم يد في إيجادها بنفسيته ، وإلى ظروف لم يكن له يد في تبيئتها بالمحيط الموثر عليه ، مادياً كان هذا المحيط أم روحانياً .

وأحل انريكو فرى محل التكفير كهدف للمقوبة ، هدفاً آخر هو دفاع المجتمع عن نفسه ضد خطر تكرار الجريمة مستقبلا سواء من ذات فاعلها أم من شخص آخر غيره .

وليس الجزاء الجنائى فى رأيه أداة لمسؤولية أدبية ووسيلة لإقامة العدالة بين الجانى والمحنى عليه ، بقدر ما هو أداة مسؤولية قانونية ووسيلة لتحقيق الدفاع الاجماعي ضد الإجرام . وكان طبيعياً في منطق تغير الهلف من العقوبة وجعله الدفاع ضد جرممة ستحدث بدلا من التكفير عن جريمة حدثت ، أن يقترح إنريكو فرى في سبيل الهلف الدفاعي أساليب جديدة التوقى من الجريمة المستقبلة ، تضاف إلى الأساليب التقليدية المعروفة من قديم باسم العقوبات ، وهذه الأساليب الجديدة سميت المتلابير الواقية الكون مناسبة اقتراحها هي المناداة بأن المحدف من العقاب هو التوقى ضد جرم مستقبل لا التكفير عن جرم ماض بويستوى في ترجمة الأصل الإيطالي التعبير أن تستخدم عبارة القداير الواقية أو أن تستخدم عبارة القداير الاحترازية (وهي عبارة القانون السورى) لأن التوقى احتراز ، ولأن الاحتراز توقى .

ومن قبيل التدابر الواقية التي نادت بها المدرسة الوضعة الإبداع في مستعمرة في مستعمرة في مستعمرة أو مستعمرة رامية أو مؤسسة للعمل بالنسبة للمجرمين المعتادين أو المحرفين ، أو في دار للتشغيل بالنسبة للمتشردين والمتسولين أو في إصلاحية بالنسبة لصغار المحرمين . اللح .

وعلى أثر ظهور كتاب إنريكو فرى فى علم الاجماع الجنائي سنة ١٨٨١ متضمناً تلك الأفكار ، سارعت بـالاد العالم إلى إصدار قوانين خاصة ومشروعات بقوانين تنص على التدابير الوقائية الواجب اتخاذها مع طوائف خاصة من المحرمين .

ولقد عهد إلى الأستاذ إنريكوفرى نفسه بوضم مشروع قانون جديد للعقوبات فى إيطاليا فوضع الكتاب الأول من هذا المشروع سنة ١٩٢١ مضمناً إياه الأحكام العامة لقانون العقوبات. وترتب على قيام الحكم الفاشى فى إيطاليا أن تعلر إكمال هذا المشروع ولم يقدر له أن يصبح قانوناً.

ويسرعى النظر فى ذلك المشروع أنه أخذ عذهب المدرسة الوضعية فى أن الهدف من العقوية ليس التكفير عن خطيئة أدبية الممجرم -- وقد نفتها هذه المدرسة كما تقدم القول ــ وإنما الدفاع عن المجتمع ضد تكرار الجريمة وتفشى موجّها مستقبلا .

وعبر المشروع عن هذا المعنى صراحة فى الصحيفة ١٤ من مذكرته الإيضاحية . بل ذهب المشروع إلى أبعد من ذلك حين خلط بين العقوبات التقليدية القديمة وبين التدايير الوقائية الجديدة فلم يميز بين هذه وتلك ، وإنما أدرجها كلها سوياً تحت عنوان مشرك هو الجزاءات ، تاركاً للقاضى أن نحتار لكل مجرم الجزاء المناسب له من بينها على هدى ما كان مزمماً تقريره فى القسم الحاص . وجاء فى الصحيفة ١٥ ، ١٦ من المذكرة الإيضاحية للمشروع أنه ما دامت جبرية السلوك الإجراى تنفى كل خطيئة أدبية لدى صاحب هذا السلوك ، فإن العقوبة تفقد معنى التكثير لهدف إلى غاية جديدة هى التوقى من جرم جديد ، وبالتالى مختلط الأمر بينها وبين التدبير فى الصحيفة ٢٦ من المذكرة ذاتها ، أن لفظ الجزاء خبر من لفظ العقاب ، في الصحيفة ٢٦ من المذكرة ذاتها ، أن لفظ الجزاء خبر من لفظ العقاب ، لأن يعبر عن مجرد رد فعل تقابل به الدولة فعل المجرم .

على أن قانون العقوبات الحالى فى إيطاليا وقد صدر سنة ١٩٣٠ ، استبقى النفرقة بين العقوبة والتدبير الوقائى ، مخالفاً بللك مشروع فرى ، وأفرد التدابير الوقائية الباب الثامن من الكتاب الأول وقسمها إلى تدابير شخصية مقيدة للحرية هى التسليم إلى مستعمرة زراعية أومنشأة للعمل والإيداع فى مصحة والإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية الإجرامية ، وإلى تدابير شخصية غير مقيدة للحرية هى الرقابة على الحرية فى إصلاحية ، وإلى تدابير شخصية غير مقيدة للحرية هى الرقابة على الحرية وحظر الإقامة وحظر ارتياد الحانات وإبعاد الأجنى ، وإلى تدابير عينية هى كفالة حسن السلوك والمصادرة . أما العقوبات فهى الشغل الشاق والسجن والخرامة (والحجز فى المخالفات) .

ولقد جاء فى التقرير الذى رفع به القانون إلى رئيس الدولة أن الغرض من القانون هو دفاع المجتمع عن نفسه ضد الإجرام كظاهرة هدامة لكيانه وبقائه ، وهو ما حددته المدرسة الوضعية كهدف للجزاء ، إلا أنه ورد فى التقرير ذاته أنّ مشكلة الحيار أو الجبرية فى السلوك الإنسانى من المشاكل الفلسفية غير القابلة للحل والواجب أن تظل بمناى عن القانون الجنائى .

وإن ما نادت به المدرسة الوضعية من الاتجاه بالجزاء الجنائي إلى الدفاع الاجتماعي ضد الإجرام ، قد صار أمراً مستقراً في مفهوم هذا الجزاء على النطاق العالمي ، حتى أن الأمم المتحدة أطلقت شعار الدفاع الاجتماعي على قسمها المختص بمكافحة الجربمة .

ونشأت مند سنة ١٩٤٥ مدرسة إيطالية جديدة يترعمها الأستاذ جراماتيكا ويسميها هي الأخرى بمذهب الدفاع الإجهاعي . غير أن هذه المدرسة في سبيل توجيه الانتباه إلى شخص الفاعل ، تنادى بإلغاء الاصطلاحات التقليدية الراجعة الى انحصار القانون الجنائي في مادة الفعل، وهي اصطلاحات الجريمة والعقاب والمحرم ، وترى الاستعاضة عن لفظ الجريمة بعبارة العصيان الاجهاعي ، وعن لفظ الجريمة بعبارة العامي ، وعن لفظ الحجرم بعبارة العامي للنظام الاجهاعي ، وعن تسمية القانون الجنائي نفسه باسم آخر هو قانون الدفاع الاجهاعي .

ومع التسليم بأن الهدف من الجزاء الجنائى هو الدفاع الاجهاعى ضد تكرار الجريمة من ذات فاعلها ، وذلك بأسلوب كفيل بإصلاح هذا الفاعل ومنتج فى الوقت ذاته وفى المكان الثانى أثرا زاجراً للآخرين ، فإننا لا نرى داعياً للذهاب إلى مدى أبعد ، وإلغاء اصطلاحات القانون الجنائى والجريمة والمحرم والمقاب ، لأن هذا الإلغاء ليس بالضرورة لازماً فى سبيل أن يبلغ الجزاء الجنائى الهدف المنشود منه وهو العناية بشخص الجانى فى سبيل إصلاحه بالأسلوب الناجم والمناسب له .

ولما كان الفعل المنصوص على جزائه فى قانون العقوبات يبلغ من الجسامة المادية حداً يدمغه بطابع خاص يميزه عن الأفعال التي تعالجها القوانين الأخرى والتي لا يعبأ بها هذا القانون ، وكان هذا القدر الأشد من الجسامة الكامنة فيه ، يقابله قلمو أكبر من الاسهجان الحلقى والتعارض مع نظام المحتمع ، فإنه فى سبيل الإفصاح عن ذلك وعما فى الفعل ذاته من مغزى خاص مجرده من أى اعتبار اجماعى ، لا يوجد بد من وصف الفعل بأنه حريمة ، ونعت فاعله بأنه مجرم .

والذي يعنينا فى هذا المقام ، هو التمييز بين العقوبة والتدبير الوقائى . ذلك لأن التميز بينهما له ضرورته ، حتى إذا اندمجا سوياً تحت عنوان مشترك هو عنوان الجزاءات أو التدابير .

وكل ما يمكن استخلاصه فى صدد التفرقة بينهما ، هو أن نقطة البداية التاريخية لكل منهما لم تكن واحدة . فقد كانت نقطة البداية فى العقوبة هى التكفير عن جرم حدث ، فى حين أن نقطة البداية فى التدبير الوقائى كانت منذ نشأته التوقى من جرم محتمل أن محدث مستقبلا .

ورغم اختلاف الجزاءين فى نقطة البداية تاريخياً ، أصبح يوجد بينهما اتفاق فى النهاية التى وصلا إليها عصرياً ، إذ صار تجمعهما هدف مشرك هو الحيلولة دون وقوع إجرام جديد من ذات الشخص الذى أجرم .

وفوق ذلك ، يشترط لتوقيع كل مهما ذات الشرط ، وهو الحطورة الإجرامية للجانى ، محيث إذا انتفت هذه الحطورة عند النطق بالحكم يستغيى عن المقاب ويتقرر وقف التنفيذ أو العفو القضائى، كما يغض النظر عن التدبير الوقائى في صورة الرقابة على الحرية مثلا .

ومن المعلوم أن الحطورة الإجرامية معناها احبال وقوع جريمة جديدة من ذات الجانى مستقبلا .

ومتى انضح اشتراك المقوبة والتدبير الوقائى من حيث الهدف ، ومن حيث كون الخطورة الإجرامية شرطاً لتوقيع كل مهما ، لا يبقى ثمة سبيل للتفرقة بيهما ، غير التأمل في الطبيعة الذاتية لكل مهما وفي الأسلوب الذي يجرى عليه تنفيذ كلهما ، حتى يظهر الفرق بينهما ، ويمكن على ضوء

هذا الفرق تبيان ما يترتب عليه من آثار تبدو في الأحكام القانونية المنظمة لهما .

والتفرقة لازمة لا بين التدبير الوقائى وبين العقوبة عموماً فحسب ، وإنما بينه وبن العقوبة الفرعية كذلك وعلى وجه خاص .

كما أنه يتعين النمييز أيضاً بين التدبير الوقائى وبين التدبير البوليسي والجزاء التنفيذي عموماً .

وفيها يلى نبين اجتهادنا في هلمه المشكلة المتشعبة .

 ۲ - إن التعريف بالعقوبة أو بالتدبير الوقائى لا يوجد عملا فى نص خاص ، ولا يضع القانون عادة مثل هذا التعريف ، وإنما الطبيعى أن يتركه إلى الاجتهاد الفقهي .

ومن يستعرض مختلف العقوبات والتدابير الاحترازية ، ويعمل النظر في أسلوب تنفيذ كل منها عملا ، يلمس بين هدين النوعين من الجزاءات فرقاً واضحاً ، هو الذي يمكن الاستناد إليه في سبيل إيضاح جوهر كل منهما واستنباط الأحكام التي تتناسب مع طبيعة كلهما .

ولا مرية فى أن كلا من العقوبة والتدبير الواقى ، إنتقاص من حقوق المحكوم عليه ، سبط بمنزلته فى تقدير القانون والمجتمع ، عن تلك الى محتلها المواطن العادى ، ويرجع إلى كونه قد أثبت بالجريمة التي اقترفها ، أنه على خلاف هذا المواطن ، قد أساء العمل بتلك الحقوق فصار غير جدير بالاستخدام الكامل لها . ومن قبيل ذلك الانتقاص تقييد حق المحكوم عليه في حرية الحركة والتنقل .

وما دام الانتقاص من حق المحكوم عليه خصيصة مشتركة بين العقوبة وبين التدبير الوقائى ، فلا يبقى فى سبيل التميز بيهما على أساس أسلوب تنفيذ كل مهما ، سوى القول بأنه بيها ذلك الانتقاص يتمثل فى العقوبة على صورة إدخال الألم على نفسية المحكوم عليه ، فإنه فى التدبير الوقائى يتخذ على العكس صورة إخضاع المحكوم عليه لعلاج طبى أو نفسى أو لقيد تحفظ .

العقوبة إذن جزاء جنائى يتميز أسلوب تنفيذه بإدخال الألم على نفسية المحكوم عليه ، فى حين أن التدبير الوقائى جزاء جنائى مجرى تطبيقه عملا بإخضاع المحكوم عليه لتطبيب جبانى أو نفسانى أو لمحض لمجراء تحفظى

وكلا الجزامين – كما قلنا – بهدف إلى التوقى من جرم مستقبل . غير أن هذا التوقى يكون فى العقوبة بإدخال الألم على نفسية المحكوم عليه ، لكون هذا الألم محمله على أن مخلو إلى نفسه ويراجعها ومخطئها فلا تسول له مثل جرمه مرة أخرى حتى لا يتعرض بسببه للألم ذاته من جديد . وكثيرة هى النفوس القابلة للانصلاح بالألم .

أما التدبير الوقائى ، فطريقته فى التوقى من الجرم المستقبل ، هى إخصاع المحكوم عليه لطب جبانى أو نفسانى أو لتحفظ فى سبيل الحيلولة دون عوده من جديد إلى الجريمة .

وبينما الأثم النفسى هو المسحة الغالبة على العقوبة ، فإن الرفق العلاجي هو المسحة الغالبة على التدبير الوقائي .

ولا يخلو الجزاءان من ألم نفسى مرتبط فى القليل بما يحتمل أن يكون فى كلهما من تقييد للحرية . فالألم النفسى المصاحب للإيداع فى السجن ، وهو عقوبة ، يوجد له مثيل ، ولو بقدر أقل ، فى إيداع المدمن بمصحة علاجية ، وهو تدبير وقائى .

كما لا مخلو الجزاءان من رفق علاجئ . فعلاج السجين بدنا ونفساً عنصر قائم بل ضرورى فى العقوبة ، وليس وقفاً على التدبر الوقائى '.

ولذلك فإن فيصل التفرقة بين الجزاءين هو فى نسبة الألم النفسى بالقياس إلى نسبة الرفق العلاجي أو الحذر التحفظي . فحيث تكون نسبة هذا الألم طاغية ، اعتبر الجزاء عقوبة ، وحيثالا تطغى هذه النسبة ، اعتبر الجزاء تدبيراً وقائياً .

ولا أدل على طغيان نسبة الألم النفسي في العقوبة ، من أن المحكوم عليه بالسجن أو بالحبس مثلا ، مخضع لمعاملة صارمة ، وإن كانت مجردة من الوحشية بفضل ما نادى به بيكاريا ، وتبلو هذه الصرامة في الحبس الانفرادى مثلا أو في الجلد ، كجزاء تأديبي على عصيان قيود الحياة في السجن . ولا نظير لمثل هذه المعاملة في التدبير الوقائي مهما كان سلوك المحكوم عليه . لهذا التدبير .

وطغيان نسبة الإيلام ، أمر يميز العقوبة عموماً أصلية كانت أم فرعية .

فكما يندرج الإعدام والشغل الشاق والسجن والحبس والغرامة في عداد العقوبات ، وذلك بوصف العقوبات الأصلية ، يدخل كذلك في نظاق العقوبات الحرمان من الحقوق والمزايا ، والعزل ، والحرمان من مزاولة المهنة ، وسحب الترخيص وذلك بوصف العقوبات الفرعية ، والواقع أنه إذا كان العزل فصلا من مهنة عامة ، فإن الحرمان من مزاولة المهنة أو سحب الترخيص يعد فصلا من مهنة خاصة . وفي كل هذه العقوبات الفرعية ، يدو واضحاً كذلك أن نسبة الألم النفسي طاغية في طبيعة الجزاء على نسبة أي عنصر آخر (١) .

وإن القول بطغيان نسبة الألم فى جزاء ما ليست العبرة فيه بالتصور الشخصى للمحكوم عليه بالجزاء ، وإنما بالحقيقة الموضوعية أى بتقدير القانون والرجل العادى .

⁽۱) أما نشر الحكم فتارة يكرن مقوية تبية إذا كان القصد منه إيلام نفسية المحكوم هليه تأديبا لها ، كا إذا قضى به فى جرجة اقتصادية ، وتارة يكون تعويضاً من الألم النفسى اللى أساب المجنى هليه فى الجرجة أى جزاها مدنياً مقضيا به فى الحكم الجنائ بالتهمية الجزاء الجنائى ، كا فى جرجة كالقذف أو السب العانى بوصيلة من وسائل النشر .

وحيث لا يكون عنصر الألم النفسى طاغيًا فى طبيعة الجزاء وجوهره ، لا يوصف الجزاء بأنه عقوبة ، ولا يمكن أن يصدق عليه حتى وصف العقوبة الفرعية ، وإنما ينطبق عليه وصف التدبير الوقائى .

وينبنى على ذلك أنه يعتبر من التدابير الوقائية ، لا من العقوبات أصلية كانت أم فرعية ، الإيداع في مأوى علاجي أو في مستعمرة زراعية أو في مؤسسة أو في إصلاحية ، وحظر الإقامة وإبعاد الأجنبي ، وإسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة ، وإخلاق الحل ، والمصادرة ، وتعطيل الجريدة ، والمراقبة ، والاختبار القضائى ، وحظر ارتياد الحانات ، ورعاية المفرج عنه من السجن ، وكفالة حسن السلوك (وقد سماها مشروع الموجنة الأصلية لإصلاح قانون العقوبات ، بالكفالة الاحتياطية) .

على أنه مع التسليم بأن كل تلك الجزاءات تدابير واقية لا عقوبات ، لكون نسبة الألم النفسي فيها غير طاغية ، ولكون ما يغلب عليها هو نسبة الطب العلاجي أو نسبة الحلر التحفظي ، الا أنه بإعمال النظر فيها ، يتبين أنها ليست متطابقة فيا بيها من ناحية قدر ما فيها من الألم النفسي ، وإن لم يكن هذا الألم في طبيعها غالباً .

فتدبر كالإيداع في مأوى علاجي أو مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل أو إصلاحية وكالإعتبار القضائي ، ليس فيه من الألم النفسي مثل ما يوجد على العكس ، في حظر الإقامة ، وإبعاد الأجنبي ، وإسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة ، والإخلاق ، والمصادرة ، وتعطيل الجريدة ، والمراقبة وحظر ارتياد الحانات ، وكفالة حسن السلوك ، ورعاية المفرج عنه .

ولذلك فإنه تلزم التفرقة في نطاق التدايير الواقية ذائها ، بين نوع تطفى فيه نسبة العلاج أو التحفظ على نسبة الألم ، وبين نوع آخر تغلب فيه بدرجة أقل نسبة العلاج أو التحفظ بسبب كون نسبة الألم تكاد تتساوى معها وإن كانت على كل حال لا تطفى عليها .

ونرى تسمية النوع الأول بالتدبير الواقى العلاجى (والغالب أن يكون مقيداً للحرية) ووصف النوع الثانى بالتدبير الواقى التحفظى .

وستظهر الأهمية العملية لهذه التفرقة ، والآثار القانونية التي يمكن أن تَبرئب علمها .

بقى أن نفرق بين التدبير الوقائى وبين التدبير البوليسي كنوع من الجزاء التنفيذي .

فالتدبير الوقائى كجراء جنائى ، ينتمى إلى ذلك النوع من الجراء المسمى بالجراء التأديى ، شأنه فى ذلك شأن العقوبة ، يمعى أنه يتخذ لذاته من النفسية وجهة ومقصداً ، كى يصقلها ويقومها أو بعبارة أخرى ليؤدمها حائلا بذلك دون أن تكون مصدراً لجرم جديد .

أما التدبير البوليسي ، فإنه كجزاء إدارى ، ينتمى إلى ذلك النوع من الجزاء المسمى بالجزاء التنفيذى ، شأنه فى ذلك شأن الجزاء الملدنى ، ممنى أنه يتخذ للماته من الوضع المارى الكونى للأمور وجهة ومقصداً ، كى يعيد هذا الوضع إلى ما كان عليه ، أو إلى مثل ما كان عليه ، قبل صدور السلوك المخالف للقاعدة القانونية ، كما لو كان ذلك السلوك لم يتخذ ، وكما لو كانت هذه الحالفة لم ترتكب ، فيرد بذلك على صاحب السلوك غيه ويفوت عليه غرضه .

ونختلف التدبير البوليسي كجزاء إدارى عن الجزاء الإدارى التأديبي (مثل الإندار أو الحصم من المرتب أو الغرامة الإدارية) ، من ناحية كونه ... كما قلنا ... جزاءاً تنفيذياً ... لا جزاءاً تأديبياً .

فهو محض تنفيد لقتضى القاعدة الإدارية القانونية المعروفة بالقاعدة البوليسية ، والقاضية على المواطن بألا ينشىء بسلوكه أى خطر منذر بالضرر أيا كان الزمان أو المكان أو المحال الذي يباشر فيه نشاط حياته وأيا كانت صورة هذا النشاط

وإذا ما خولفت تلك القاعدة البوليسية ، بأن أنشأ المواطن خطراً ، تدخل التدبير البوليسي لإزالة هذا الحطر ، منماً من تحوله إلى ضرر ، ولإعادة الأمور إلى ما كانت عليه مجردة من الحطر .

ومتی خولفت القاعدة ذاتها ، بأن أحدث المواطن بالفعل ضرراً ، يتدخل التدبير البوليسي لمواجهة هذا الضرر من حيث كونه خطراً منذراً بتجدد في الضرر ذاته واستطالة له في الزمن ، فيضع للضرر حداً قاضيا بذلك على خطر امتداده واستمراره .

وواضح أن هذا ليس تأديباً متجهاً إلى النفسية ، وإنما هو تنفيذ جبرى لقاعدة قانونية بوليسية تملى على المواطن واجب العمل على ألا يكون سلوكه الشخصى مصدر خطر منذر بالضرر .

وبينها التدبير البوليسى تنفيذ جبرى لقاعدة قانونية بوليسية تفرض عدم التسبب فى إيجاد الحطر ، فإن الجزاء المدنى تنفيذ جبرى لقاعدة قانونية مدنية تفرض عدم التسبب فى إيجاد الضرر . فبحلوث الضرر ، يتلخل الجزاء المدنى لإزالته تنفيذاً لمقتضى القاعدة القانونية فيعيد مادة الأمور إلى ما كانت أو إلى مثل ما كانت عليه قبل أن يقم الضرر .

فكل من التدبير البوليسي والجزاء المدنى ، ليس جزاءا تأديبياً مثل التدبير الوقائي أو العقوبة ، لأنهما لا بجعلان من نفسية الفاعل وجهة لهما وان كانت هذه النفسية عملا تتأثر بهماً ، وإنما يتجهان إلى الوضع المادى للأمور لإزالة ما حدث فيه مخالفاً للقانون ، بأن يزيل التدبير البوليسي ما قام من خطر ، ويرفع الجزاء المدنى ما حدث من ضرو .

أما الجزاء الإدارى التأديبي الذى سلفت الإشارة إليه ، فإنه يتجه إلى النفسية لا إلى واقع الأمر المادى . وإن كان يختلف عن التدبير البوليسي في أنه جزاء تأديبي وليس تنفيذياً ، إلا أنه يتفق مع هذا التدبير ، من ناحية أنه عمل إدارى ، أى إجراء تقرحه وتطبقه في آن واحد السلطة الإدارية .

وليس الأمر كذلك فى التدبير الواقى أو العقوبة ، لأن ما تملكه السلطة الإدارية فى صددهما هو مجرد الاقتراح ، وأما التطبيق أو التوقيع ، فهو من شؤون القضاء الجنائى وحده .

ففى التدبير البوليسى وفى الجزاء الإدارى التأديبي، تكون السلطة الإدارية خصها وحكماً فى الوقت ذاته ، أما فى التدبير الوقائى أو فى العقوبة وكلاهما جزاء تأديبى جنائى ، فتكون السلطة الإدارية خصها فحسب ، وأما الحكم فيكون القاضى الجنائى .

وليس بلازم في التدبير البوليسي كجزاء تنفيلي ، يعمل القاعلة البوليسية القاضية بعدم إيجاد حالة خطر ، أن تتخده سلطة البوليس وحدها أي أحد رجال أو ضباط الشرطة كهيئة نظامية عسكرية . فقد يؤدى وظيفة البوليس من هو من غير رجال البوليس ، وذلك في نطاق محدود لا يتعدى من يشوش على نظام الجلسة ، وتزيل بللك حالة خطر أوجده عدث التشويش من يشوش على نظام الجلسة ، وتزيل بللك حالة خطر أوجده عدث التشويش من الحبس أو الفرامة لا يعتبر جزاءاً جاناياً وإنما هو تدبير بوليسي تتخده من الحبس أو الفرامة لا يعتبر جزاءاً جاناياً وإنما هو تدبير بوليسي تتخده المحكمة بنفسها وتباشر به احتصاصها الإداري لا اختصاصها القضائي ، وتكون فيه خصرا وحكماً في آن واحد .

ويستوى فى التدبير البوليسى أن يكون الحطر الذى يزيله هذا التدبير منذراً بضرر اجباعى عمت أم بضرر اجباعى إجراى . وبعبارة أخرى سيان فى الحطر الذى يرفعه التدبير البوليسى ، أن يكون الضرر المحوف منه أذى اجباعياً صرفاً ، أو جريمة بالمعى المفهوم فى قانون العقوبات . ففى الحالة الأولى يقال إن التدبير البوليسى أزال خطورة اجباعية (كا فى اتخاذ اللازم للحيلولة دون غرق أو لإطفاء حريق أو لمنع انتشار وباء أو لقبض على أسد هارب من حديقة الحيوان)، وفى الحالة الثانية يقال إن التدبير البوليسى أزال خطورة إجرامية (كا فى تبديد هياج أو فتنة أو فض تجمهر خطراعلى الأمن

العام ، أو القيام بدوريات تحول دون وقوع سرقات أو جرائم ، أو تفريق المشاجرات والمشادات أو إجراء المصالحات أو الرقابة على المشبوهين والمتشردين .. الخ) .

على أن علاج التدبير البوليسى لا يكتمل بدون إيضاح للصور التى يتخذها هذا التدبير عملاً .

فهناك صور مألوفة للتدبير البوليسى لا تختلط بالتدبير الوقائى مثل الانتهار ومنع المرور ووضع الحواجز واستعال العصى وخراطم المياه والغازات المسيلة للدموع والسلاح .. الخ .

فهذه الصور كأساليب لإزالة حالة الحطر قبل أن تتحول إلى ضرر، لا تتداخل مع التدابير الوقائية ، لأن هذه تتخذ بعد أن تكون الجريمة قد وقعت ، وذلك تأديباً لنفسية فاعلها ، في حين أن تلك تطبق في سبيل منع الجريمة من الوقوع ، ولأنه بالتأمل في تلك الأساليب البوليسية لا يوجد من بينها أسلوب يتمثل عملا في شكل من أشكال التدابير الوقائية كما سبق لنا أن حددناها .

ولكن هناك صوراً من التدابير البوليسية تتفق في صورتها العملية مع بعض من التدابير الوقائية رغم أن الهدف من نوعي التدابير ليس واحداً .

فتحديد الإقامة والاعتقال وإيماد الأجنبي ، صور من التدابير البوليسية التي تتخد لإزالة حالة الحطر ومنعاً لجريمة ما قبل أن تقع ، وهي بعينها أيضاً صور من التدابير الوقائية التي تتخد بعد أن تكون جريمة ما قد وقعت بالفعل وتفادياً لتكرار وقوعها .

يصدق ذلك أيضاً على الإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية . فهذا التدبير يكون بوليسياً إذا كان المجنون موضوع التدبير لم يرتكب جريمة بعد وإن كان نخشى منه ارتكابها ، ويكون على العكس تدبيراً وقائياً إذا كان

المحنون المتخذ معه هذا التدبير قد وقعت منه بالفعل جريمة ويراد العمل على تحاشى ارتكاب مثلها منه مرة أخرى .

والإيداع فى مؤسسة للعمل تدبير بوليسى فى صدد المتسول أو المتشرد باعتبار أن حالهما خطرة وأنه تلزم إزالها قبل أن تتمخض عن جريمة ، فى حن أن التدبير ذاته يمكن أن يكون وقائياً حن يتخذمع من وقعت بالفعل جريمة منه ، وذلك تفادياً لوقوعه فى مثلها مرة أخرى

والمراقبة لها ذات الشأن ، بمعى أنها تارة تكون تدبيراً بوليسياً وذلك حين تطبق على من لم يثبت بعد ارتكابه لأية جربمة ، وإن كان يخشى منه الإجرام ، مثل المشبوه . وتارة تكون تدبيراً وقائياً حين تباشر مع محكوم عليه في جربمة ، بغية التحفظ والعمل على عدم وقوعه من جديد في مثلها (كما هو الحال في إتلاف المزروعات أو قتل الحيوانات ليلا ، أو في تزييف المسكوكات) .

ومتى كان الأمر كذلك ، وكان التدبير البوليسى فى تلك الصور منفقاً مع التدبير الوقائى من ناحية الجسامة وأسلوب التنفيذ ، فإنه يتعين العمل على وضعه الموضع المناسب وعلى عدم اساءة استخدامه . ولا يتيسر تحقيق هذه الغاية فى رأينا إلا بمراعاة ما يأتى :

(أولا) أن التداير البوليسية المشار اليها تلزم إحاطها بما يكفل عدم التعسف فيها ، وذلك بتحديد الحالة الحطرة الجائز أن تكون أساساً لتطبيقها ، ضهاناً لحريات المراطنين . ومن الطبيعي أن يكون هذا التحديد بنص في القانون الإدارى ، على اعتبار أن التدابير الوقائية الشبية بها والتي تتخفى مع من ارتكب جريمة بالفعل ، يتكفل القانون الجنائي بحصر حالات توقيعها .

والواقع أن الحالة الخطرة ، ليست بطبيعها قابلة للثبوت بذات القدر الذى تثبت به جريمة وقعت بالفعل ، الأمر الذى يستلزم ضبط معالمها بما لا يتيح لأحد القول بوجودها حيث تكون فى الحقيقة متتفية . وبدسي أن الرقابة على الإدارة فى مجال التدابير البوليسية عموماً ، تدخل فى صميم الاغتصاصات المعهود مها إلى مجلس الدولة .

(ثانیاً) أنه من المستحسن جعل الحالات الحطرة المبررة للتدابیر البولیسیة المذكورة ، من اختصاص القضاء الجنائی العادی ، والنص علمها فی مواد تلحق بنصوص القانون الجنائی ، حتی یكون تطبیقها ثمرة لتمحیص وتدقیق لا یتاح مثلها فی غیر مجال الدعوی الجنائیة .

وإذا كان القانون الحالى ، بالنسبة المحبون الحطر الذي لم تقع منه جريمة بعد ، قد جعل البت في جنونه من علمه وفي مناسبة إيداعه مستشفى الأمراض العقلية ، من اختصاص سلطة الإدارة ، إلا أنه اتبع لهجاً آخر مع المتسولين والمتشردين والمشبوهين ، إذ جغل البت في شأن التدبير اللدى يتخد معهم من شؤون القضاء الجنائي .

والواجب أن يعمم هذا النهج على كل الحالات الخطرة قدر المستطاع ومنها حالة الجنون .

(ثالثاً) أنه من البديمى فى التدابير المتخدة لمواجهة الحالات الحطرة ، بقاؤها على وصفها كتدابير بوليسية ، حتى حين يعهد باحتصاص توقيعها للى القضاء الجنائى . ذلك لأن المفروض فها أن تواجه حالة خطرة تنلو بالجريمة ، وإن لم تكن الجريمة قد تولدت مها بعد . والتنبؤ بالجريمة على أساس تلك الحالة ينبى على الاحيال وعلى مجرد حكم تقديرى ، ولا يقوم — والحال كلك الحالة ينبى على الاحيال وعلى مجرد حكم تقديرى ، ولا يقوم — والحال لا يمكن أن تثبت له تلك الصبعة الجنائية القائمة فها يتخد من التدابير عقب جريمة حدثت وكرد فعل تقابل به هذه الجريمة ، أى لا يمكن أن يدخل فى عداد التدابير الواقية الجنائية ، فهو إذن يظل تدبيراً بوليسياً ، والنطق به من القضاء الجنائى لا يغير من طبيعته ولا يتعدى أن يكون مجرد ضهان

وليس من الشذوذ في شيء أن ينطق القضاء الجنائي بتدبير بوليسي

أى بجزاء غير جنائى . فكما أن هذا القضاء لا يتناقى مع طبيعته الحكم بجزاء مدنى كالتعويض المستحق عن الجريمة المقبرقة ، يمكن كذلك أن ينطق بجزاء غير جنائى من نوع آخر غير الجزاء المدنى ، ويقصد به التدبير البوليسى كجزاء إدارى لا يرد على جريمة وقعت ، وإنما يزيل حالة خطرة .

(رابعاً) أنه من غير المستحب في مجال السياسة الجنائية ، جعل الحالة الحطرة التي تنذر بالجريمة ، في مقام جريمة فعلية ، من ناحية نوع الجزاء اللهي يتقرر لها ، ما لم تكن تلك الحالة على جسامة خاصة تبرر أن يوصف من تسبب في وجودها بوصف المجرم وأن يوقع عليه جزاء جنائي . وهذا لا يتحقق إلا نادراً ، كما في حالة الاتفاق الجنائي أو تأليف العصابات .. الغ . ولا يسوخ أن يلحق بتلك الحالات الجسيمة ، محض الوجود على حالة تسول أه تشد أو اشتباه .

٣ ــ عرضنا فيا تقدم اجبهادنا فى حل مشكلة التميز بين التدابير الواقية وبين العقوبة أصلية كانت أم فرعية ، وبينها وبين التدابير البوليسية .
وبقى أن نبدى فى شأن القانون الحالى بعض ملاحظات تتعلق بتلك المشكلة .

فقانون العقوبات الحالى يدخل مراقبة البوليس والمصادرة فى عداد العقوبات التبعية المنصوص عليها فى المادة ٢٤ منه ، مع أنهما فى حقيقة الأمر من التدايير الوقائية .

ذلك لأن مراقبة البوليس ، تدبير تغلب فيه نسبة التحفظ على نسبة الإيلام . وبجوز تقريرها كما رأينا بدون أن تكون جريمة ما قد ثبت وقوعها في حق المراقب ، كما هو الحال بالنسبة للمشبوه ، الأمر اللني يقطع بطبيعها التحفظية وينفي صفتها العقابية .

فالمراقبة إذن تدبير بوليسى، مالم توقع فى أعقاب جريمة حدثت ، فتكون تدبيراً جنائياً واقياً ، وأما اعتبارها عقوبة فأمر فى غير محله .

والمصادرة هي الأخرى ، تدبير وقائي لا عقوبة ، لأن نسبة الحلم

التحفظى فها غالبة على نسبة الألم النفسى ، باعتبار أن ترك جسم الجرعة أو ناتجها فى يد فاعلها عامل إغراء له بمعاودة اقترافها أو مصدر تذكر متعبها .

إلى القاء الضوء على طبيعة كل من العقوبة والتدبير الوقائى ،
 لا تقف أهميته عند محض التعريف بكل منهما ، وإنما تمتد إلى أبعد من ذلك ،
 لكون الأحكام القانونية الحاصة بكلهما ، يتوقف تحديدها على تلك الطبيعة .

فن ناحية أولى ، عند إلى التدبير الوقائى بوصفه جزاءاً جنائياً مثل العقوبة ذات المبدأ السارى فى صددها ، أى أنه لا تدبير وقائى بغير نص ، فلا يوقع مثل هذا التدبير على مرتكب جرعة ما إلا إذا كان هناك نص جنائى يقرره لهذه الجرعة ، وذلك حفاظاً على ذات الضانات التى محققها لحريات المواطنين مبدأ ألا عقوبة بغير نص .

وسبق أن قلنا إن من بين التدابير الواقية الجنائية ما يتفق في أسلوب تنفيذه مع بعض التدابير البوليسية . ومن النتائج المنطقية لدلك ما أوصينا به من ضرورة مراعاة مبدأ الشرعية حتى في شأن التدابير الأخيرة وما حبدناه من مناسبة النص علمها في ثنايا القانون الجنائي وإحاطها بضانات القضاء الجنائي .

 ومن ناحية ثانية فإن تطبيق التدبير الوقائى لابد فيه من توافر شرط أولى لا غناء عنه ، وهو الخطورة الإجرامية أى احتمال عود الجانى إلى الإجرام مرة أخرى فى المستقبل .

والواقع أن انتفاء هذا الاحمّال يستتبع كنتيجة منطقية استبعاد التدبير اللى يفترض فيه أنه في معظم حالات تقريره جوازي وليس وجوبيّاً .

فتدبير الإيداع فى مصحة ، ليس بلازم اتخاذه مع كل مجرم كان وقت جريمته فى حالة سكر ، وإنما مع أولئك اللين تتوافر فيهم من بين سكارى المحرمين ، حالة الحطورة الإجرامية ، أى احبال العود إلى الاجرام لو تركت آفة السكر لديهم بغير علاج . ومراقبة البوليس لا يتعين توقيعها دائماً على كل فاعل لجريمة نص الفانون فيها على جواز الحكم بالمراقبة . فقد يكون الجانى من النوع الذى تتنفى خطورته الإجرامية يغير حاجة إلى تلك المراقبة ، فيكون الإصرار على تطبيقها عندئد في غير محله وقد يعوق الطريق الموصل إلى انسجام المحكوم عليه مع نظام المجتمع .

فالمثال الأول ، وهو خاص بتدبير وقائى علاجى ، والمثال الثانى وهو خاص بتدبير وقائى علاجى ، والمثال الثانى وهو خاص بتدبير وقائى تحفظى ، يظهران وجه المناسبة فى تطلب الحطورة الإجرامية دائماً كشرط جوهرى لابد من تحققه فى سبيل القضاء بالتدبير الوقائى .

وليس اشتراط الحطورة الإجرامية في توقيع التدبير الوقائي سوى تجاوب مع إشتراطها كذلك في توقيع العقوبة . فالجاني الذي تنتفى خطورته الإجرامية بفعل التحقيق والمحاكمة وحدهما ، لا يكون هناك محل للإصرار معه على تنفيذ العقوبة ، فيحكم عليه بها مع وقف تنفيذها .

والخطورة الإجرامية كشرط للتدبير الوقائى ، يلزم توافرها سواء أكان هذا التدبير جناياً أى مما يتخذ مع شخص أجرم بالفعل تفادياً لتكرار الجريمة منه ، أو كان بوليسياً أى مما يتخذ مع شخص لم يجرم بعد أو لم يثبت أنه أجرم ، وذلك تحاشياً لوقوعه فى الجريمة .

ففى الحالتين ، يتعين فيمن يتخذ معه التدبير أن يكون على خطورة إجرامية .

وسبق أن قلنا بأن التدبير البوليسي المانع من جريمة شخص لم بحرم بعد ، كثيراً ما يختلط في صورته العملية مع التدبير الوقائي المانع من جريمة شخص أجرم بالفعل ويراد الحيلولة دون وقوعه في الجريمة مرة أخرى .

فسواء أكان التدبير البوليسي من النوع الذي تختلط في أسلوب تنفيذه مع التدبير الوقائي الجنائي ، أو لم يكن من هذا النوع ، فإنه ما دام لهدف إلى منع الجريمة من شخص لم يرتكها بعد ، يلزم لتطبيقه أن يثبت وجود هذا الشخص على خطورة إجرامية أى احتمال اقترافه لجريمة .

وكثيراً ما يفترض القانون هذه الحطورة افراضاً ، كما فى التسول والتشرد والاشتباه ، وإنما لا يعنى ذلك حرمان الشخص من إثبات أن الحقيقة هى عكس هذا الافتراض .

فالمتسول بمكنه أن يثبت أن تسوله كان عرضياً ووليداً لضرورة بالمعنى الصحيح . والمتشرد له أن يثبت عجزه عن العثور على عمل رغم أنه صاحب حرفة أو صناعة . والمشتبه فيه له أن يدحض ما حام حوله من الشهات .

على أن الخطورة الإجرامية سواء أكانت أساساً لتدبير وقائى جنائى أو لتدبير بوليسى ، يمكن تعريفها بأنها حالة يوجد عليها شخص ما تجعل من المحتمل وقوع جريمة سواء من هذا الشخص ضد غيره أو من الغير ضده .

فحظر إقامة الجانى فى المكان الذى ارتكب فيه جريمته تدبير وقائى جنائى يقوم على ما يوجد فيه الجانى من حالة تنذر بوقوع جريمة جديدة سواء منه على غيره أو من غيره عليه .

وإذا كانت الحطورة الإجرامية أساس التدبير البوليسي الذي مهدف إلى منع جريمة من الوقوع ، فإن الحطورة الاجهاعية الصرفة هي أساس هذا التدبير حين يتجه إلى منع ضرر اجهاعي غير إجرامي من الحدوث ، وهنا كذلك يستوى في سبيل تفادى مثل هذا الضرر ، أن يتخد التدبير مع من محتمل عشي حدوث الضرر منه (المصاب عرض معد مثلا) ، أو مع من محتمل أن يقع الضرو عليه .

ويلاحظ أن نموذج الحطورة الإجرامية المبررة للتدبير الوقائى الجنائى هو أكثر نماذج هذه الحطورة تحديداً ووضوحاً ، لكون أحد عناصره يتمثل في جريمة وقعت بالفعل حسب أوصافها المبينة في نص جنائى ، ولأن عناصره الأخرى مفروض فها كذلك أنها مبينة في قاعدة جنائية محصصة لهذا البيان.

ويصدق على هذا النموذج أنه عمل خطورة إجرامية ذات شكل محدد.
وسبق أن قلنا بأنه يلزم أن يكون على هذا الوضوح والتحديد كذلك ،
عوذج الحطورة الإجرامية المررة التدبير البوليسي المانع من الجرعة قبل
أن تقع ، وهذا في القليل ، بالنسبة للصور الجسيمة التي يتفق فها هذا
التدبير حملا من حيث أسلوب التنفيذ ، مع بعض صور التدبير الوقائي
الجنائي (وذلك كما في التسول والتشرد والاشتباه والجنون).

وفى غير نطاق هذه الصور الجسيمة ، أى بالنسبة للتدابير البوليسية العادية ، فإنه سواء أكانت هذه التدابير شهدف إلى منع جرعة ، أو كانت تتجه إلى منع ضرر اجماعي صرف ، فإن محوذج الحطورة الإجرامية في الحالة الثانية ، لا يمكن تحديدهما بلمات الحصر والبيان الممدين لغيرهما . ذلك لأن الحالات الحطرة المنشرة بميرمة أو بضرر لا تحصى ولا تعد ، ولا يمكن أن يشملها كلها نص يسردها على سبيل الحصر . فلا يوجد بد والأمر كذلك ، من أن يستخدم النص عبارات عامة تندرج تحمها تفاصيل الصور المختلفة ، مثل عبارة الأفعال .

ويقع على عائق البوليس فى تدخله بالتدبير البوليسى أن محسن استخدام هذا التدبير ، وأن يضعه فى موضعه ، ولا يلجأ إليه إلا حن يسنع الظرف المادى المندرج تحت نص القانون والمبرر لاتحاذه ، ويدسهى أن تقدير البوليس فى هذا الشأن ، خاضم لرقابة القضاء الإدارى .

ويقال في هذا المجال ، إن نموذج الحطورة الإجرامية أو الاجمّاعية ، ممثل خطورة ذات شكل حر ، وإن كانت خاضعة من حيث البت فها وجوداً وعدماً ، لرقابة قضائية إدارية .

ومن جهة أخرى ، فإن الحطورة الإجرامية المبررة للتدبير الوقائي

الجنائى والمستقاة من جريمة وقعت ، وتلك الى يقوم عليها التدبير البوليسى المانع من جريمة ستقع والمتفق فى الصورة مع التدبير الوقائى الجنائى ، يمكن وصفهما بأنهما خطر منبعث من إنسان ، وإن كان يتمثل مادياً فى وضع أو حالة ما .

أما الحطورة الإجرامية المبررة التدبير البوليسي في صورته العامة ، والحطورة الاجماعية التي يستخدم لمواجهها ذات التدبير ، فإنه بمكن وصفهما بأسهما خطر منبعث من حالة أو وضع مادى ، ولو كان لإنسان ما دخل في إيجاد تلك الحالة أو هذا الوضع .

وبينها خطورة الإنسان ، يوجه القاضى فى تقديرها نظره إلى المستقبل فإن خطورة الحالة أو الوضع ، يبت القاضى فيها وجوداً وعدماً بتوجيه نظره إلى الماضى فحسب .

وإذا كانت الحالة الحطرة الراجعة إلى فعل إنسان ، ينبعث فها الحطر من هذا الإنسان ، أثناء قيامها ، وطيلة الوقت الذي تمتد فيه ، فإنه ليس بلازم ، بعد انقضائها وزوالها ، وحتى بعد تحولها إلى ضرر فعلى ، أن يظل الحطر منبعثاً ممن كان مصدراً لها ، وذلك بالنسبة للمستقبل .

وإذا كانت الحطورة الإجرامية عموماً ، حالة خطرة وانساناً خطراً ، فإن مها خطورة مررة التدبير البوليسي في صورته العامة ، يكفي أن يكون خطر الإنسان فها عرضياً ، ومها خطورة تواجه بالتدبير الوقائي الجنائي (بعد الجريمة) أو بالتدبير البوليسي الشبيه به (قبل الجريمة) تتمز بأن خطر الإنسان فها لابد من أن يكون قابلا للموام أي الامتداد في المستقبل إلى حد ما ، قريب أو بعيد ، وعلى قدر هذا الحد تستطيل مدة التدبير .

٦ - على أن البت في الحطورة الإجرامية وجوداً وعدماً مسألة تحتاج إلى بعض الإيضاح لاسيا فيا يتعلق بقاعدة الإثبات القاضية بأن الشك يفسر لمصلحة المهم ، ومدى العمل مهذه القاعدة في صدد ثلك الحطورة . ولابد لعلاج هذه المسألة من القول بادىء ذى بدء بأن إسناد الجريمة . إلى المهم شيء ونسبة الحطورة الإجرامية إليه شيء آخر .

والأمر الأول وهو إسناد الجريمة ، أولى بالنسبة للأمر الثانى وهو نسبة الحطورة ، إذ لا محل للكلام على خطورة منهم ما من قبل أن تثبت له صفة الجانى المرتكب للجريمة .

مجب أن يثبت أولا اتصال المهم بالجريمة ، وإلا فإنه لا يكون هناك محل للبحث حول خطورته الإجرامية .

ونعى في هذا المحال الحطورة الإجرامية لإنسان اقترف بالفعل جرعة .

وما هو جدير بالملاحظة ، أن ثبوت الجريمة على المهم لا يتأتى حيث يوجد شك جدى حول اتصاله بها ، فى حين أن ثبوت الحطورة فى حق مهم ثبقت عليه الجريمة ، لاينال منه كون هذه الحطورة محل شك جدى .

وبيها التبرثة من الجريمة لازمة فى الحالة الأولى، فان التبرئة من الحطورة فى الحالة الثانية غير لازمة .

ذلك لأن الجريمة أمروقع ، فلما أن يكون للمهم دخل فيه ولما ألا يكون ، وحيث يقوم شك جدى حول صلة المهم بهذا الأمر ، يفسر الشك لمصلحته ، فيعتبر منقطع الصلة بالجريمة المقرفة عملا عبداً أن الشك يفسر في صالح المهم .

أما الحطورة الإجرامية لمهم ثبتت صلته بالجربمة ، فأمر يختلف عن الجربمة ذاتها . ووجه اختلافهما أنه بينها الجربمة المرتكبة يقين أكيد ، فإن الجربمة التي تنذر بها الحطورة ، أمر مستقبل غير يقين ، ولا تخلو من شك مجعله غير أكيد . وعلى الرغم من ذلك ، ومن قيام الشك في ألا تقم الجربمة المستقبلة المنتظر حدوثها ، لا ينفى هذا الشك ، وإن كان جدياً ، ثبوت الحافى ، حتى الجانى .

ذلك لأن معى الحظورة أو الحطر ، هو احيال حدوث الفهرر ، ولو كان هذا الاحيال ضعيفاً . فالاحيال على درجات أقصاها هو اليقين تتلوه درجة قوة الاحيال ثم درجة محض الاحيال ، وأخيراً ، وهذه أدنى الدرجات ، درجة الاحيال الضعيف .

أما اليقين فمناه أن كل العوامل متضافرة بأسرها فى سبيل إنتاج الضرو. وقوة الاحتمال ، معناها أن العوامل الميسرة النضرو طاغية على العوامل الحائلة دونه . ومحض الاحتمال معناه أن العوامل الميسرة متعادلة مع العوامل المانعة. وأما الاحتمال الضعيف.فهو أن تكون العوامل المانعة من الضروطاغية على العوامل الميسرة له . ورغم هذا الطغيان يوجد قلو ذو بال من عوامل تيسير الضرو . وبدون هذا القدر ، لا يوجد الخطر إذ يعوزه أساسه وهو توقع الضرو ولو بدرجة الاحتمال الضعيف .

غير أنه حن لا يكون من المحتمل حلوث الضرر، ولو بدرجة احمّال ضعيف ، لا يبقى ثمة وجود للخطر أو الخطورة .

يكفى إذن احمال الضرر ، ولو بدرجة ضعيفة ، فى سبيل التسليم بوجود الحطورة ، دون أن يكون الشك الجدى حولها نافياً لوجودها .

وبذا تختلف الخطورة من حيث نسبتها إلى المتهم ، عن الجريمة من حيث إسنادها إليه .

ويصدق ذلك حتى فى صدد الخطورة الإجرامية لمتهم لم يرتكب جربمة بعد وإن كان نخشى منه الإجرام . فهنا كذلك ، يكفى للقول بوجود الخطورة أن تكون الجربمة المخوفة محتملة ولو بدرجة الاحتمال الضميف .

والأمر كذلك أيضاً بالنسبة للخطورة الاجتماعية المنلوة بضرر غير إجرامى ، وذلك من ناحية الاكتفاء بأن يكون هذا الضرر محتملا ولوبدرجة ضعيفة . ودون الاحبال الضعيف ، يوجد محض الإمكان ، وهو لا يرقى إلى خطر أو خطورة .

لا - وإن التفرقة بن العقوبة والتدبير الوقائى ، تبدو أهميتها العملية
 كذلك من ناحية مبدأ عدم الرجعية إلى الماضى .

فالعقوبة المقررة بقاعدة جنائية جديدة ، لا تسرى على الماضى ، سواء
 أكانت عقاباً مستحدثاً لسلوك كان من قبل مباحاً ، أو عقاباً أشد لسلوك
 كان من قبل معاقباً عليه .

أما إذا كانت العقوبة الجديدة أخف من سابقتها المقررة للسلوك ذاته ، فإنها تسرى حتى فى شأن الوقائع الماضية لكونها أصلح للمتهم .

ومَّى كان هذا وضع العقوبة من مبدأ عدم الرجعية إلى الماضي ، يحق التساوُّل عما إذا كان للتدبير الوقائي ذات الوضع .

والرأى أن التدبير الوقائى الجديد يتحدد تحسب طبيعته مدى سريانه فى شأن الوقائع الماضية . فإن كان تدبيراً علاجياً كالإيداع فى مأوى علاجي أو مستعمرة زراعية أو إصلاحية أو مؤسسة للعمل وكالاختبار القضائى فالأصل أنه يسرى على الماضى لكونه تدبيراً فى صالح المتهم .

أما التدبير الوقائى التحفظى ، فلأن نسبة الألم النفسى فيه أكبر منها فى التدبير العلاجى ، فإنه يدنو من العقوبة الفرعية وإن كان لا مختلط بها كما بينا ، و لذلك فإنه لا يسرى على الماضى شأنه فى ذلك شأن العقوبة ، ولأن حتى الدولة فى إنزال الجزاء مقيد بما أندرت المواطن به فى خطة إقدامه على سلوكه . على أنه يوجد من بين تلك لتدابير ما هو شديد الشبه بالتدبير العلاجى ويعتبر تطبيقه بالتالى أصلح المنهم ، فيسرى استشاء على الماضى ، مثل إسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة (وممكن اعتباره جزاءاً مدنياً كذلك) ومثل حظر ارتياد الحانات وحظر الإقامة ، ورعاية المفرج عنه .

وما عدا هده التدابير لا يسوغ تطبيقه على من لم يسبق توجيه الإندار إليه سهذا التطبيق عندما أقدم على سلوكه ، عملا بالأصول الأولية في السياسة الجنائية وفي كفالة حريات المواطنين وصون انطلاقها من أن تسيىء إليه خشية المفاجآت السيئة .

 ٨ – ومما تظهر فيه أهمية التفرقة بين العقوبة والتدبير الوقائى ، البت في حجية الحكم الجنائى الأجنى فيا يقضى به مهما .

فن المعلوم أنه باستثناء عقوبة الغرامة ، لا تعتبر العقوبة الصادر بها حكم أجنى قابلة للتنفيذ عملا خارج إقليم الدولة الى أصدرت هذا الحكم ، بسبب كون أنظمة السجون والمؤسسات الجزائية تختلف فيما بينها باختلاف الدول .

وليس الأمر كذلك فى صدد التدبير الوقائى الذي تغلب على طبيعته صغة الطب العلاجى أو الحدر التحفظى . فالمفهوم أن يكون هذا التدبير قابلا للتنفيذ خارج الدولة التى صدرمن قضائها الحكم به، على شرط أن يكون التدبير ذاته مقرراً فى شأن الجريمة ذاتها موضوع الحكم ، حسب قانون الدولة التى يراد فها تنفيذ التدبير ، وبشرط أن يتعلد تسلم المحكوم عليه .

ويسوغ تطبيق ذات المبدأ في صدد العقوبات الفرعية أيضاً .

 ومن المشاكل الجديرة بالنظر ، مشكلة مدى الجمع بين العقوبة والتدبير الوقائى مع المحرم الواحد فى جريمة واحدة ، وتحديد الحالات الى يكتفى فها بالتدبير الوقائى كجزاء جنائى وحيد عن الجريمة المرتكبة .

ولقد أوصى المؤتمر الدولى السابع لقانون العقوبات الذى انعقد فى روما سنة ١٩٥٣ بعدم جواز الجمع بن العقوبة والتدبير الوقائى .

وهذه التوصية وإن كانت فى محلها ، لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها فى صدد جميع التدابير الوقائية . ورأينا أن التدبير الوقائى اللدى لا يجوز الجمع بينه وبين العقوبة هو التدبير العلاجى . ذلك لأنه متى ثبت أن المجرم ليس قابلا للانصلاح بوسيلة الألم النفسى ، يكون من غير المحدى الإصرار على معاقبته ، ويصير لازماً فى سبيل إصلاحه اتباع أسلوب يغلب عليه العلاج .

وهذا ما يجب النزامه مع أنواع معينة من المحرمين هي بالإضافة إلى المحنون ، نصف المحنون ، والأصم الأبكم ، والصغير ، والمحرف المحتاد أو المحترف .

أما المتسول وعلى الأخص غبر صحيح البنية ، والمتشرد ، والمشبه فيه ، فيتخذ معهم كما بينا تدبير بوليسي ، شبيه ببعض التدابير الوقائية الجنائية ، وإن كان لا يندرج في عداد هذه التدابير قانوناً ، لأنه يواجه حالة خطرة لم تتمخض بعد عن جرعة . ويلحق بأولتك أيضاً المحنون الذي تحشى منه الجرعة وإن كانت لم تقع بعد .

وعلى العكس فإن المحرم المطبوع ، تطبق عليه العقوبة وإنما يراعي أن تنفذ عليه بأساليب خاصة تتخلل حياته فى السجن وتعالج تكوينه الإجرامى. وكالمك الحال بالنسبة لمن يرتكب الجرعة فى حالة سكر أو تخدير، إذ توقع عليه العقوبة وتنفذ بطريقة خاصة تعالج آفة الإدمان.

فالحلاصة أن التدبير الوقائي العلاجي لا مجوز الجمع بينه وبين العقوبة مع المجوم الواحد ، فيقضي مدة في تنفيذ العقوبة ومدة أخرى في تنفيذ التدبير ، لأن الجزاءين مختلفان في طبيعهما إلى حد لا يسمح بالجمع بيهما ، ولأن في هذا الجمع تعريقاً المشمرة التي ترجى من وراء الجزاء . فاذا بدىء بالإيلام النفسي قد يشق العلاج فيا يعد، كما أنه إذا بدىء بالاستاذ فيابعد إنرال الألم النفسي (ولا مختلف رأينا عما يقول به الأستاذ فاسالي أستاذالقانون الجنائي مجامعة روما من عدم جواز الجمع بين العقوبة المقيدة للحرية والتدبير الوقائية العلاجية مقيد الدرية) .

وإذا كانت القاعدة في التدبير الوقائي الملاجى هي عدم جواز الجمع بينه و بين المقوبة ، فإن الأمر يحتلف بالنسبة للتدبير الوقائي التحفظى ، إذ مجوز الجمع بينه وبين المقوبة بالنسبة للمجرم الواحد في الجريمة الواحدة ، لكونه يدنو في طبيعته من المقوبة الفرعية وإن كان لا مختلط مها ، وبالتالي مكن القضاء به مثل هذه كتكملة لمقوبة أصلية . وسبق أن ضربنا الأمثلة للتدبير التحفظي محظر الإقامة وإبعاد الأجنبي وإسفاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة ، والمراقبة ، والإغلاق ، والمصادرة ، وتعطيل الجريدة ، وحظر ارتياد الحانات ، وكفالة حسن السلوك ، ورحاية المفرج عنه .

وإن الحالات السالف ذكرها والتي يلزم الاكتفاء فيها بالتدبير الوقائي العلاجي كجزاء جنائي وحيد ، يلاحظ فيها أنها تراعى طبيعة المحرم أياكانت المجرعة ، وأنها بالتالى تدخل من ناحية التبويب العلمي ، في نطاق النظرية العامة للمجرم .

على أن هناك حالات أخرى ، يلزم الاكتفاء فيها بالتدبير الوقائى عموماً كجزاء وحيد ، وذلك بالنظر إلى طبيعة الجريمة ، ويكون المكان المناسب لهذه الحالات ، لا في نطاق النظرية العامة للمجرم ، وإنما في مجال النظرية العامة للمجرء ، ويستوى في التدبير الذي يكتفى به عندئذ ، أن يكون علاجياً أو أن يكون تحفظياً .

فن قبيل الجرائم التى يكتفى فيها بالتدبير الوقائى العلاجى كجزاء جنائى وحيد ، جريمة الإدمان على تعاطى المحلرات ، إذ يكفى فيها كجزاء وخيد الإيداع فى مصحة علاجية (وهذا ما قررته المادة ٣٧ من القانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٦٠)، وجريمة الاعتياد على ممارسة الفجور أو الدعارة.

ومن قبيل الجرائم التي يكفي فيها كجزاء جنائي وحيد ، تدبير وقائي تحفظي كالمراقبة أو كفالة حسن السلوك أو المصادرة أو الغلق ، الاتفاق الجنائي ، والجريمة المستحيلة ، والتحريض على جريمة إن لم ينتج أثراً ، والجرائم الاقتصادية مثل البيع بدون رخصة أوبأكثر من السعر الجبرى (ويجوز في الجريمة الاتحيام الاتحيام المستحيد ألهور).

١٠ - ومن البديمى وقد نشأت التدابير الوقائية بدافع حاجة عملية المياهمى الوصول إلى وسائل على الدوام أفعل فى مكافحة الإجرام ، أن يجد القاضى بين يديه أساليب عديدة يتمين عليه أن يختار أنسها الإصلاح المجرم المائل أمامه ، نزولا على مقتضيات التفريد فى معاملة الجناة كل حسب حالته .

ويتوقف حسن أداء القضاء لرسالته في هذا الصدد ، على تحقق عدة أمور مثالية يسعى إلى بلوغها نظام العدالة الجنائية .

فيازم أولا أن يتحقق التخصص فى القضاء الجنائى ، لأن الدراسة الوافية لأشخاص المحرمين وتحر أنجع الوسائل لعلاجهم ، من الأمور الشاقة التى يتطلب الهوض ما على أكمل وجه انقطاعاً وتخصصاً .

وفى الوقت ذاته ، لما كان علاج الجريمة متوقفاً على اكتشاف أسبابها الحاصة الشخصية والبيئية ، الأمر الذى يتعلب فحصاً طبياً شاملا للمجرم جمها ونفساً وتحرياً اجهاعياً عنه ، على الأقل فى الحالات الجسيمة الحطيرة ، فإنه من البديمي ألا يتولى القاضى بنفسه ذلك الفحص أو التحرى ، ومن ثم يلزم أن يعهد بهما إلى الأخصائيين فى علم الإجرام والبحث الاجهامي ، الأمر اللدى لابد فيه من تنظيم خبرة فى المسائل الجنائية تعاون القاضى الجنائي فى مهمته ، وتمده إلى جانب الملف التقليدى الحاص بالفعل ، مملف آخر فى مهمته ، وتمده إلى جانب الملف التقليدى الحاص بالفعل ، مملف آخر أختائية فى ٢ مارس سنة ١٩٥٩ (تراجع المادة ٨١ من القانون) ، وذلك أسوة عا هو متبع فى انجلترا وألمانيا والولايات المتحدة ، ونزولا على ما نادى به من قدم أثمة العلوم الجنائية فى إيطاليا .

ويعتبر المعهد القومى للبحوث الاجماعية والجنائية نواة صالحة لإعداد مثل أولئك الحراء في مصر .

ويلاحظ أن الحيرة في المسائل الجنائية ، يسلم قانون الإجراءات الجنائية الحالى في مصر ، بضرورتها في قضاء الأحداث (المادة ٣٤٧ إجراءات) .

والمأمول التسليم بضرورتها كذلك في صدد المحرمين الكبار .

هذا والخبرة لازمة لا فى سبيل إصدار الحكم الجنائى فحسب ، وإنما أثناء تنفيذه كذلك .

ولما كان الأفضل أن يشرف على تنفيذ الحكم قاض غير الذى أصدوه ، فإنه من المستحب تحصيص قاض لهذا الإشراف يسمى يُقاضى الإشراف على التنفيذ ، وهذا ما يجرى عليه بالفعل القانون الإيطالى .

والاستعانة بالحبرة لازمة لقاضى الإشراف على التنفيذ لزومها لقاضى الحكم .

والواقع أنه إذا كان من خصائص العقوبة أن الحكم البات بها يحوز قوة الشيء المقضى فيه ولايبقى ثمة سبيل إلى المساس به أو تعديله ، فإن التدبير الوقائى له في هذا المحال شأن آخر بالنظر إلى طبيعته الحاصة .

فقد قلنا إن نسبة الطب العلاجي أو الحذر التحفظي غالبة في التدبير الوقائي على نسبة الألم النفسي .

ولما كانت النفسية البشرية عموماً والإجرامية على وجه خاص ، لغز الألغاز ، فإن النوصل إلى العلاج الناجع لها غير ميسور ، وكثيراً ما يتبن أن التدبير الذى اتحذ في صددها إما علاجاً وإما تحفظاً غير موفق ، وأنه يلزم بالتالى تعديله .

فقد يتضح مثلا أن الأنسب المجرم الصغير تسليمه إلى إصلاحية بدلاً من تركه مع والديه ، أو أن الأوفق لمجرم معناد تسليمه إلى مستعمرة زراعية لكونه فلاحاً بدلا من تركه فى مؤسسة للعمل لا يأنس فى نفسه استعداداً لأن يكون عاملا فيها ، وقد يظهر قبل أو أثناء تنفيذ المراقبة أنها غير لازمة بل تعرقل انسجام المحكوم عليه مع نظام المجتمع ، فيغض النظر عنها ، أو تبدل بتدبير آخر .

هذه بعض أمثلة تبين أن التدبير الوقائى علاجيًا كان أم تحفظيًا ، قابل بطبيعته لأن يعدل ، كلما اقتضت حالة المحكوم عليه إجراء هذا التعديل .

وحتى بالنسبة للإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية أوفى مصحة علاجية يلزم فى بعض الأحيان تعديل لأسلوب العلاج ، أو تغيير لمدة الإيداع زيادة أو نقصاً .

ولا شك فى أن هذا كله يدخل فى اختصاص قاضى الإشراف على التنفيذ ، وقد قلنا إن هذا القاضى لابد له من أن يستمين هو الآخر بالحبراء .

ومفاد ما تقدم ، أنه بينا يسرى فى صدد العقوبة بصفة مطلقة مبدأً قوة الشيء المقضى فيه للحكم الجنائى البات ، فإن التدبير الوقائى له شأن آخو ولا يمكن العمل فيه مهذا المبدأ . "

وغى عن البيان أن التدبير الوقائى ، مثل العقوبة ، مخصم الحكم الصادر به لكافة الطرق المرسومة للطعن فى أى حكم جنائى . ويصدق هذا حتى إذا كان موضوع الحكم الجنائى تدبيراً بوليسياً .

فإذا صار الحكم باتاً ، فقد قلنا إنه يجوز بالنسبة للعقوبة قوة الشيء المقضى فيه ، وإنما ليس من المناسب أن تثبت له هذه القوة بالنسبة للتدبير الوقائى أو البوليسي .

ولا شك فى أن قاضى الإشراف على التنفيذ يشمل اختصاصه كلا من العقوبة والتدبير الوقائى أو البوليسى ، ولو أن سلطته بالنسبة لهذا التدبير أوسع مها بالنسبة للعقوبة التي يعتبر أهم دور له فها النظر في الإفراج منها تحت شرط، وتنظيم العمل في الهواء الطلق والحياة في جو حر أو نصف حر.

ويمكن أن نخصص للإشراف على التنفيذ قاض فى دائرة كل محكمة ابتدائية تعرض عليه مشاكل التنفيذ المتعلقة بما يوجد فى الاختصاص المكانى لهذه المحكمة من مؤسسات جزائية

ويباشر قاضى الإشراف على التنفيذ سلطته بإصدار أوامر وقرارات، والقاعدة فى الأوامر أنها لا تقبل الطعن فها ، وإنما بجوز تجديد الطلب الذى رفضه الأمر بعد مضى مدة معينة على هذا الرفض.

أما القرارات فالمفروض أنها تصدر في شأن تعديل نظام التدبير الوقائي أو البوليسي (كواجبات الحاضع للمراقبة) ، أو إحلال تدبير آخر محله ، أو إيفاص أو إطالة مدة التدبير ، أو إلغاء التدبير . فمثل هذه القرارات يمكن استثناف أمام محكمة الاستثناف الواقعة في دائرتها المحكمة الابتدائية التابع لها القرار ، منعقدة في هيئة غرفة مشورة .

١١ – أوضحنا فيا تقدم الحطوط العامة للعقوبة والتدابير الوقائية ، وآن أن نتناول أسس التنظيم الموضوعي والإجرائي لهذه التدابير ، باعتبار أنها حالياً أحوج من العقوبة إلى هذا التنظيم .

وأول ما يتبادر إلى الذهن في هذا الحصوص هو مدة التدبير .

فالتدابير الوقائية — باستثناء المصادرة وإسقاط الولاية أو الوصابة أو الوكانة أو القوامة والإبعاد -- تثير التساؤل حول المدة التي يظل ممتداً فيها ما يتضمنه كل تدبير من تقييد للحرية ، سواء أكان هذا التدبير علاجيا كالإبداع في مستشفى الأمراض العقلية أو في مصححة علاجية أو مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل أو إصلاحية وكالاختبار القضائي ، أو كان تحفظياً مثل حظر الإقامة والإغلاق وتعطيل الجريدة والمراقبة وحظر ارتياد الحانات وكفالة حسن السلوك ، ورعاية المفرج عنه .

وليس بلازم فى هذا الصدد التسليم بما قاله البعض من ترك مدة العقوبة أو التدبير الوقائى بدون تحديد ، لأن هذا يفسح بدون حد طريق التحكم سواء لمسلطة التنفيذ أو للقاضى المشرف عليه .

فتحديد مدة دنيا وقصوى فى نص القانون ، ضهانة لا غناء عنها فى سبيل الحفاظ قدر المستطاع على حقوق الأفراد ، ولو أنه لا يوجد من الناحية التشريعية ما يمنع من تجاوز الحد الأقصى للمدة فى حالات خاصة و بشروط معينة.

ويصدق هذا حتى على الإيداع فى مستشفىالأمراض العقلبة أو فى مصحة علاجية .

ومن جهة أخرى ليس من الضرورى أن يظل المحكوم عليه خاضماً للتدبير طيلة المدة التى حددها الحكم . فالطريقة المثل في التنفيذ أنه بعد أن ينقضى الحد الأدنى لمدة التدبير كما هو مبين في نص الفانون ، يفحص قاضى الإشراف على التنفيذ حالة المحكوم عليه ، فإن رأى أن خطورته الإجرامية قد زالت ، قرر الإقراج عنه ، وإلا فإنه يحدد موحداً لاحقاً لإعادة النظر في الموضوع . وإذا ما تبين على أية حال زوال الحطورة في أي وقت ولوقبل الموحد المحدد ، يطرح الأمر عليه لإصدار القرار بالإفراج أو بوقف العمل بالتدبير .

ومن جهة ثالثة ، ليس من المحتم إبطال العمل بالتدبير فور انهاء المدة التي حددها الحكم . فقد يتين لقاضي الإشراف على التنفيذ أن حالة المحكوم عليه تتطلب مزيداً من العلاج أو التحفظ، فيقرر إطالة مدة التدبير.

وأما تجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً للتدبير، فإنه يلزم أن محاط يقيود وشروط تكفل عدم تقريره فى غير موضعه ، كأن يضاعف عدد الحبراء اللازم أن يستمن بهم قاضى الإشراف على التنفيذ ، وأن يباح فوق الطعن بالاستئناف أمام المحكمة الاستئنافية منعقدة فى غرفة مشورة ، الطمن كذلك بطريق التماس إعادة النظر أمام محكمة النقض منعقدة فى غرفة مشورة ومزودة بسلطة التصدى للموضوع .

والواقع أن الحاجة إلى تجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً للتدبير ، لا تنشأ عملا إلا فى حالات نادرة وبالنسبة لبعض التدابير دون البعض الآخر ، كالإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية أو فى مصحة علاجية ، وكأى تدبير تكون مدته القصوى وجيزة نسبياً .

وثما يثور بحثه بهذه المناسبة ، هو تحذيد المعاملة التي يخص بها المحكوم عليه بالتدبير حين يفلت من تنفيذه . والأمر هنا يتطلب شيئا من التفصيل .

فبالنسبة للإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية أو فى مصحة علاجية أو مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل أو إصلاحية ، يلزم إذاكانت قد انقضت مدة معينة محددها القانون ، ألا ينفذ التدبير إلا بعد اختبار جديد للمحكوم عليه ينتج منه أن هذا لا يزال على خطورته الإجرامية وأنها لم تنقض بعد . فإذا كان المحكوم عليه صغيراً قضى بإيداعه الإصلاحية ، لم وكان قد بلغ واحدة وعشرين سنة عند ضبطه، فلا يعاد إلى الإصلاحية بعد هذه السن ، وإنما بجوز عند ثبوت بقائه على خطورته الإجرامية وضعه محت المراقبة أو إيداعه فى مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل .

وأما تدبير الاختبار القضائى ، فإنه إذا أفلت منه المحكوم عليه وضبط قبل انقضاء مُدة تقادم الجزاء الجنائى ، تعاد المحاكمة ليقضى فى شأنه بالجزاء المناسب .

والواقع أن تدابير الإيداع في مستشفى الأمراض العقلية أو في مصحة علاجية أو مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل أو إصلاحية (إلى سن الواحدة والعشرين) ، لا يتلاءم مع طبيعتها أن تنقضى بمجرد عامل الزمن وبغير أن يكون الغرض العلاجي المرجو منها قد تحقق . فلا يسوخ انقضاوها بالتقادم المجرد وبدون إجراء اختبار يثبت به زوال الحطورة الإجرامية .

وبالتالى فإنه منى تحقق أن هذه الحطورة لا تزال قائمة رغم انقضاء مدة التقادم ، يتعنن إخضاع المحكوم عليه للتدبير ، ويكون على قاضى الإشراف على التنفيذ دأئماً أن محدد الوقت الملائم للإفراج .

أما بالنسبة للتدابير الوقائية التحفظية ، فإنها تقبل بطبيعتها السقوط بالتقادم أى بعامل الزمن وحده ، باستثناء المصادرة لأنها نافلة دائمًا ، ولا يتصور الحكم بها دون أن يكون الشيء المكون لموضوعها مضبوطاً .

وفضلا عن ظاهرة الإفلات من تنفيد التدبير، قد تتحقق ظاهرة أخرى هي عالمة نظام التدبير من جانب الحاضع له ، الأمر الذي قد يتوافر بالنسبة للتدابير الوقائية التحفظية وهي حظر الإقامة وإبعاد الأجني وإسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة ، والمراقبة ، والإغلاق، وتعطيل الجريدة ، وحظر ارتياد الحانات ، وكفالة حسن السلوك ، ورعاية المفرج عنه .

ولا صعوبة بالنسبة للإبعاد ، لأنه يمكن إذا كان هناك مقتض للإصرار عليه قبل سقوطه بالتقادم ، أن ينفذ جبراً .

ولا صعوبة بالنسبة لإسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة لأنه يوجد دائمًا جزاء البطلان في حالة اتخاذ تصرف يتعارض مع ذلك الإسقاط .

وبالنسبة إلى كفالة حسن السلوك ، يترتب على مخالفة نظامها أن يصادر مبلغها النقدى . فإن لم يودع هذا المبلغ أصلا ، يجوز لقاضى الإشراف على التنفيذ أن يبدل الكفالة بتدبير آخر كالمراقبة .

أما بالنسبة إلى حظر الإقامة والمراقبة والإخلاق وتعطيل الجريدة وحظر ارتباد الحانات ورعاية المفرج عنه ، فإن الجزاء الطبيعي لمخالفة نظام هذه التدابير ، ألا تحتسب المدة السابق انقضاؤها من التديير قبل مخالفته ، وتبدأ في السريان من جديد مدة التدبير إلى أن تتقضى أو إلى أن يقرر قاضى الإشراف على التنفيذ إبطال العمل بالتدبير . وبجوز كذلك لهذا القاضى أن يعدل التدبير الحكوم به إلى تدبير آخر .

۱۲ - لم يبق بعد ما تقدم سوى الحديث عن أسباب انقضاء التدبير الوقائى ومدى تعدد هذا التدبير بتعدد الجرائم ووضعه من أحكام العود.

وسبق أن قلنا إن التدبير الوقائى العلاجي (ما عدا الاختبار القضائي) لا يسقط بالتقادم ، في حين أن التدبير الوقائى التحفظي قابل لهذا السقوط (باستثناء المصادرة).

وبدسي أن تقادم التدبير الوقائي التحفظي ، تسرى في صدده قواعد وقف التقادم وانقطاعه .

ولكن من أى وقت تسرى مدة تقادم هذا التدبير ؟

لا صعوبة فى الأمر حين يكون التدبير محكوماً به منفرداً ، إذ يبدأ سريان مدة تقادمه من اليوم الذي ظل فيه دون نفاذ رغم وجوب تنفيذه .

أما إن كان محكوماً به بالإضافة إلى عقوبة أصلية ، فإنه إما أن يفلت المحكوم عليه من تنفيذه عقب خضوعه للعقوبة ، واما أن يفلت سواء من تنفيذ العقوبة أو من تنفيذ التدبير .

ففى الفرض الأول يكون النفاذ قد شمل العقوبة دون التدبير ، وفى الفرض الثانى يكون نصيب كلهما هو عدم النفاذ .

فإذا كانت مدة التقادم خمس سنوات مثلا لكون التدبير جزاءاً جنائياً لجنحة ، فمن أى وقت تحتسب هذه المدة في الفرضين ؟ .

المفروض أن الملدة يبدأ سريائها من اليوم الذي كان يجب تنفيذ التدبير فيه وظل مع ذلك دون نفاذ ، وهذا اليوم عند الحكم بالتدبير مضافاً إلى عقوبة مقيدة للحرية ، يحل منذ الإفراج عن المحكوم عليه سهده العقوبة .

فإذا كان المحكوم عليه قد هرب من تنفيذ ثلك العقوبة ، فيلزم حتى في هذه الحالة ، ألا يبدأ سريان مدة تقادم التدبير إلا من اليوم الذي كان

لينهى فيه تنفيذ العقوبة لو أنها نفلت ، لأنه فى ذلك اليوم فقط كان مجل موحد تنفيذ التدبر .

والقول بأن التدبير يتقادم بتقادم العقوبة ، مؤداه أن يصير الهارب من تنفيذ العقوبة أحسن مصيراً ثمن خضع لها ، فيتخلص من عبء الجزاءين مناً فى مدة أقصر من تلك التى يقضها هذا الأخير لبلوغ ذات النتيجة .

فلو أن شخصين حكم عليما بالحبس ثلاث سنوات والمراقبة ، فر أحدهما حتى انقضت على فراره مدة التقادم المسقط لعقوبة الجنحة وهي خس سنوات ، وخضع الثانى لعقوبة الحبس حتى نفذت ثم فر من تنفيل المراقبة ، هإن القول بأن التدبير يتقادم بتقادم العقوبة ، معناه أن الأول وقد هرب من الحبس ، يتخلص سواء من الحبس أو من المراقبة بمضى خس سنوات ، في حين أن الثانى الذي خضع للحبس ثلاث سنوات وهرب من المراقبة ، تلزم له للخلاص من هذه مدة خمس سنوات ، أي يكلفه عبد الجزاءين مما تمانى سنوات ، في كون أفضل منه مصيراً الهارب من الحبس ، وهذا غير سائن .

فتفادياً لمثل هذه النتيجة الشاذة ، يتعين أن تحتسب مدة تقادم التدبير دائمًا ، من الوقت الذي كان يجب أن ينفذ فيه التدبير بصرف النظر عن العقوبة التي حكم به مضافاً إليها .

ولكن ما هي مدة تقادم التدبير ؟

لا شك فى أنه إذا كان التدبير محكوماً به مضافاً إلى عقوبة جناية ، فتكون مدة سقوطه بالتقادم هى مدة تقادم عقوبة الجناية . وإن كان محكوماً به مضافاً إلى عقوبةجنحة ، فتكون مدة تقادمه هى مدة تقادم عقوبة الجنحة .

أما إن كان التدبير محكوماً به منفرداً ، فإن الاكتفاء به كجزاء جنائى وحيد ، يدل على عدم جسامة الجريمة التي تقرر كجزاء لها ، فتكون مدة سقوطه بالتقادم هي مدة ثقادم عقوبة الجنحة ، وتعتبر الجريمة التي نص فها على التدبير ذاته ، جنحة لاجناية .

> ذلك عن مضى المدة كسبب لانقضاء التدبير . ولكن هل ينقضى التدبير كللك بطريق الجب؟

إذا كانت عقوبة الأشغال الشاقة تجب مقدار مدتها ما عداها من العقوبات المقيدة للحرية ؛ فهل ممكن أن تحدث هذا الأثر في تدبير وقائي مقيد للحرية؟

يبدو أن طبيعة الأمور تأبى ذلك . فالتدبير الوقائى ليس متفقاً في الطبيعة مع الأشغال الشاقة حتى يعتبر عقوبة مثلها ، وحتى يقال إن الأشغال الشاقة كعقوبة أخف . فهو جزاء تغلب عليه نسبة الطب الملاجي أو الحذر التحفظي وله دور قد لا توفق في أدائه عقوبة الأشغال الشاقة ، وبالتالي فلا يمكن أن يكون فها غناء عنه .

فلو أن جانياً ارتكب قتلا وسرقة فى وقتين مختلفين حالة كونه عائداً عوداً متكرراً فى السرقات ، وحكم عليه بالأشغال الشاقة عن القتل ، وبالإيداع فى مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل عن السرقة ، فإن الأشغال الشاقة لا عكن أن تجب مقدار مديها تدبير الإيداع ، وبالتالى ينفذ هذا التدبير بدون أن ينتقص من مدته مقدار مدة الأشغال الشاقة ، وطيلة الوقت اللازم فى سبيل إزالة الحطورة الإجرامية للجانى .

ولكن هل يجوز الحكم بالتدبير الوقائق مع وقف التنفيذ؟

إن وقف التنفيذ يقوم على اعتقاد القاضى بأن الحطورة الإجرامية للجانى ، زالت بفعل إجراءات التحقيق والمحاكمة على نحو لا حاجة بعده إلى تنفيذ العقاب ، ومن ثم يوقف القاضى هذا التنفيذ فترة معينة على سبيل الاختبار كى يتأكد بالفعل زوال الخطورة طبقاً لعقيدة القاضى ، فإن تبين خلال تلك الفترة أن الخطورة لاتزال قائمة خلافاً لما كان معتقداً فى الجانى الرقف ونفذت العقوبة الموقوفة .

فهل لوقف التنفيذ محل في العقوية فحسب ، أم أن له محلا في التدبير اله قائي كذلك ؟

هنا تلزم التفرقة كذلك بين التدبير الوقائى العلاجى وبين التدبير الوقائى التحفظي .

فالتدبير الوقائى العلاجي كالإيداع في مستشفى الأمراض العقلية أو في مصحة علاجية أو في مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل أو إصلاحية ، لا يعقل أن تكون الخطورة الإجرامية المستوجبة له من النوع الذي تكفى لإزالته إجراءات التحقيق والمحاكمة ، وبالتالى فإن وقف تنفيذ ذلك التدبير جائز .

أما التدبير الوقائى التحفظى ، فإن كان محكوماً به منفرداً وكجزاء وحيد ، فإنه نجوز وقف تنفيذه لاحبال أن تكون إجراءات التحقيق والمحاكمة قد قضت وحدها على خطورة الجانى .

فإذا كان محكوماً به مضافاً إلى عقوبة ، يتعين التمييز بين ما إذا كانت هذه الإضافة وجوبية بنص القانون أم جوازية .

فإن كانت وجوبية ، يدل هذا الوجوب على أن الخطورة الإجرامية للجانى من حيث درجتها فى تقدير القانون أشد من أن تكفى للقضاء عليها إجراءات التحقيق والحاكمة ، وبالتالى لا يجوز وقف التنفيذ عموماً بالنسبة للعقوبة والتدبير المضاف إلها على حد سواء.

أما إن كانت إضافة التدبير إلى العقوبة جوازية، ورأى القاضي هذه الإضافة على سبيل التحوط ، فلا يوجد ثمة مانع من أن يوقف تنفيذالعقوبة والتدبير مها كما أن وقف تنفيذ العقوبة في هذه الحالة يستتبع وقف تنفيذ التدبير أيضاً دون حاجة إلى ذكر صريح لذلك ، مادام المفهوم ضمناً في هذا الوقف ، أن إجراءات التحقيق والحاكمة كانت بمفردها كافية للقضاء على خطورة الجاني .

وما حكم الحبس الاحتياطي ؟

من المعلوم أن مدته تستنزل من العقوبة . فهل يراعى استنزالها أيضاً من التدبير الوقائى ؟

الواقع أن الحبس الاحتياطى وإن لم يكن عقوبة ، يشبه العقوبة من حيث كونه تقييداً للحرية ، ومن ناحية أن نسبة الألم النفسي فيه طاغية .

وهذه هي الحكمة من كون الحبس الاحتياطي تستنزل مدته من عبء العقوبة الأصلية .

فهل يسرى ذلك أيضاً في صدد التدبير الوقائي؟

الجواب على ذلك يتوقف على طبيعة التدبير الوقائى وقد قلنا إنه يغلب علمها العلاج أو التحفظ ، وبالتالى فلا يسوغ كقاعدة استزال مدة الحبس الاحتياطى من مدة التدبير ، سواء أكان التدبير علاجياً كالإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية أو فى مصحة علاجية أو مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل أو إصلاحية أم كان تحفظياً مثل حظر الإقامة والإغلاق وتعطيل الجريدة والمراقبة وحظر ارتياد الحانات ورعاية المفرج عنه ، وذلك حتى بجرى العلاج أو التحفظ الملدة اللازمة لهما والتى تتوقف عملا على مدى بقاء الحطورة الإجرامية ، ويعول فى تحديدها على تقدير قاضى الإشراف على التنفيذ .

والمفروض أنه حتى إذا خصمت مدة الحبس الاحتياطى ، فإنه يمكن عملا أن يضيع كل أثر لهذا الخصم ، إذا قدر قاضى الإشراف على التنفيد إطالة مدة التدبير بسبب عدم كفاية مدته الماضية للقضاء على الخطورة الاجرامية.

وما تأثير العفو الشامل والعفو عن العقوبة في التدبير الوقائي ؟

لا شك فى أنه ما دام العفو الشامل يزيل وصف الجريمة فى السلوك المنسوب إلى المحكوم عليه ، يُهار الحكم بكل ما قضى به من جزاء جنائى

عقوبة كان هذا الجزاء أم تدبيراً وقائباً ، ما لم ينص قانون العفوالشامل على خلاف ذلك (١) .

أما العفو عن العقوبة فإنه لا يستتبع كذلك العفو من التدبير الوقائي المضاف إلىها ، ما لم ينص أمر العفو على خلاف ذلك .

ومن المتصور صدور أمر بالعفو من تدبير وقائى محكوم به منفردآ.

وتسرى على التدبير الوقائى ذات أحكام رد الاعتبار المقررة بالنسبة للعقوبة .

أما عن ترتيب التنفيذ في حالة الحكم بعقوبة وبتدبير وقائي تحفظي مضاف إليها ، فإنه باستبعاد المصادرة والإغلاق وتعطيل الجريدة وإسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة ، وهذه كلها تدايير تنفذ مع العقوبة في ذات الوقت ، يطبق التدبير فور الفراغ من تنفيذ العقوبة إن كانت مقيدة للحرية ، أو معها في آن واحد إن كانت عقوبة مالية .

وأخيراً يلزم الكلام على مشكلة تعدد الجريمة وتأثيره في التدبير الوقائي .

وهنا يتعين التميز بن التعدد الذي يحكم فيه بعقوبة واحدة هي عقوبة الجريمة الأشد ، وذلك الذي تتعدد فيه العقوبة بتعدد الجريمة .

فإذا كان الواجب هو الحكم بعقوبة واحدة رغم التعدد ، فإنه يقفى بجزاء الجريمة الأشد كاملا أى بعقوبها وبالتدبير الوقائى إن كان هذا التدبير مفرراً قانوناً بالإضافة إلى العقوبة . وإذا كانت الجريمة الأخف مقرراً له هى الأخرى تدبير وقائى ، فإنه إما أن يكون هذا التدبير من ذات نوع

⁽١) باستثناء الدفو الشامل - وهو يعطل نصى التجريج في فترة مدينة ويبقى عليه فيها حدا مداء الفترة - فإنه من البديمي بالنسبة للإسباب الأخرى التي تقضى على الحريمة كمسدور قانون مجولها إلى سلوك سباح ، أن ينقضي الجزاء الحنائي بالتبسية لانقضاء الجريمة ، مقوية كان هذا الجزاء أم تدبير اوقائياً.

التدبير المقرر للجريمة الأشد فلا يكون هناك داع للحكم به ، وإما أن يكون من نوع مختلف ، وفى هذه الحالة يقدر القاضى ما إذا كانت حالة الجانى تنطلب القضاء به هو الآخر ، أم أن تدبير الجريمة الأشد يغنى عنه .

وإذا كان الجزاء يتعدد بقدر تعدد الجرائم ، فإن القاضي يحكم بجزاءات الجرائم موضوع المحاكمة كلها . فإن كانت من بين هذه الجزاءات تدابير وقائية متعددة ، يراعي قاضي التنفيذ عند اتحادها في النوع ، ألا يتجاوز مجموع مددها القدر اللازم لإزالة الخطورة الإجرامية للجاني ، ومحدد عند المتخلفها في النوع ما يلزم تنفيذه من بيها في سبيل القضاء على هذه الخطورة .

والواقع أن نظام قاضى الإشراف على التنفيذ فيه ما يكفل الوفاء بمقتضيات تفريد الجزاء والمواءمة بينه وبين مطالب إصلاح الجانى دون إفراط أو تفريط.

ولا يفوتنا أخيرا أن نشر إلى وضع التدبير الاحترازى من حيث أحكام العود. فهو جزاء جنائى ويعتبر مهذه المثابة سابقة . غير أنه لا يصبح أن يتخذ بمفرده أساساً لتشديد العقوبة المستحقة على جريمة جديدة ، بل يقام له وزن في إطالة مدة التدبير الاحترازى المحتمل أن يحكم به في هذه الجريمة أو إبداله بغيره . كما أنه بجوز حين تكون السابقة عقوبة ، أن يحكم على العائد بتدبير احترازى تحفظى في جريمته الجديدة بالإضافة إلى عقوبها ، ما لم يتعلق الأمر بعود متكرر ، إذ قلنا إنه يحسن في هذه الحالة أن يحكم بهدير احترازى علاجي ، عوضا عن عقوبة من العقوبات السابق الحكم بها وقد تبين عدم جدواها .

* * *

عرضنا فيما تقدم اجتهادنا فى مشكلة التمييز والتنسيق بين العقوبة والتدبير

الوقائى ، فعسى أن يكون النجاح قد حالفنا فيا اقترحناه لهذه المشكلة من حلول ، والله ولى التوفيق(١).

 ⁽١) حقدت ندوة المقوبة والتدابير الاستر ازية في المركز القومي البحوث الاجتماعية و الجنائية بقر المركز في إميابه بتناريخ ١١ مايو ١٩٦٧ .

وفيها يل توزيع بنود التقرير كما جاءت في المبّن : --

١ - المسلم الناريخي للعبير الاحترازي ٣٠٠ - التعريف بالتغيير الاحترازي والتفرقةينية وبين المقروبة أصلية كانت أم فرعية وبيته وبين التغيير البوليسي ٣٠ - ٣٠ - الإجرائية والمقروبات الحال ٤٠٠ ع - مبدأ الشرعية - ٥ - شرط المعلورة الإجرائية - ١ - الجبات المطلورة الإجرائية - ٧ - صعبة المحلورة الإجرائية - ٧ - صعبة المحلورة الإجرائية - ٧ - صعبة المحلكم الحيائية التخابير الاحترازية - ١ - صعبة كيزا المحلورة الإجنائية والمحالين المحترازي وصالات تقريره مل التغيير الاحترازي وصالات تقريره مل التغيير الاحترازي وعليات تقريره مل التغيير والمحالين المحالين والمحالين المحالين العالم ومائي العلمين العالم ومائي العلمين العالمين المحالين المحالين المحالين المحالين المحالين المحالين التغيير التغيير التغيير المحالين المحالين المحالين المحالين التغيير التغيير المحالين المحالين المحالين المحالين المحالين المحالين التغيير التغيير المحالين المحالين المحالين المحالين المحالين المحالين المحالين التغيير التغيير التغيير التغير المحالين المحالين المحالين المحالين المحالين المحالين المحالين المحالين التغير المحالين التغير المحالين التغير المحالين المحالين المحالين التغير التغير المحالين التغير المحالين التغير المحالين التغير المحالين المحالين المحالين المحالين المحالين التغير المحالين التغير المحالين المحا

تم يمون أنه ، طبع هذه الحبلة بالحيثة العامة الكتب و الأجهزة العلمية ، مطبعة جامعة الاسكندرية، في يوم الاثنين ٢٨ من ذي الحمجة ١٣٨٨ الموافق ١٧ من مارس ١٩٦٩.

مدير المليمة **عهد يوسف البساطي**

7. Les Fins de la Méthodologie Proposée.

L'étude des sources de la règle de conduite obligatoire en droit des gens, ainsi conçue ne saurait nullement avoir pour but l'élaboration d'une nouvelle théorie tendant à systématiser la matière. "Ces théories seduisent les jeunes juristes qui cherchent à acquérir ce qu'on est convenu d'appeler une connaissance scientifique du droit. Le but des théories est d'une part de donner une vue générale et systématique du droit et en même temps de favoriser le développement de celui-ci. Mais trop souvent, ces théories manquent leur but. Le théoricieus qui prétendent expliquer la réalité courent le risque de la déformer en retenant un aspect et négligeant les autres. La théorie qui n'a de valeur que si elle se fonde sur les faits, perd facilement le contact avec ceux-ci pour verser dans l'abstraction". (74).

D'autre part, malgré les incontestables efforts d'analyse et de dialectique deployés par les théoriciens, l'utilité de leurs théories nous parait plus que précaire. "En effet, sur le plan intellectuel, le plus souvent ces théories qui s'opposent sans que l'une d'elle s'impose, laisent perplexe le lecteur qui voudrait about à une conclusion tant soit peu s'ure et satisfaisante. Sur le plan pratique, ces théories sont de peu d'utilité. Si on veut les appliquer, procédant par voie de déduction, on risque d'en tirer des solutions mal adaptées aux besoins de la vie sociale". (75).

Le schéma méthodologique que nous proposons ne doit avoir pour but que l'éclaircissement objectif et non tendancieux des phénomènes étudiés, toute tentation de fantaisie intellectuelle soigneusement écartée.

Ce but ne pourrait être, à notre avis, atteint qu'à partir d'une étude critique des trois soi-disant sources de la règle de droit citées par l'article 38 du statut de la C. I. J., ainsi que des décisions normatives prises par les organces internationaux ayant la competence de lègiférer.

Une telle étude ne serait d'ailleurs satisfaisante sinon suivie et completée par l'étude des sources formelles de l'obligation internationale au sens que nous avons précisés.

^{74.} Cf. Emile Giraud, op. cit. p. 211.

^{75.} Cf. Emile Giraud, op. cit., p. 212.

D'autres internationalistes (Fauchille — Scelle) croient trouver la solution dans "l'idée que le droit de la collectivité plus vaste devrait l'emporter sur le droit de la communauté plus restreinte" en oubliant la faculté incontestée généralement reconnue aux Etats de déroger au droit international commun coutumier par des traités particulières explicites ou tacites, (70).

Dominée par la confusion déjà signalée, la matière reste complexe, et ce n'est pas sans raison qu'un éminent juriste tel Basdevant constate que "les solutions ne peuvent être données qu'après examen attentif des particularités de chaque cas." (71).

Regardé sous la lumière de la distinction que nous préconisons entre l'obligation et la règle de droit, le soi-disant problème de l'autorité respective des règles générales et des règles particulières, se rend à ses vraies dimensions. Il ne s'agit nullement de conflit entre deux règles juridiques au sens propre du terme, mais d'une simple concurrence entre une obligation et une règle de droit portant sur la même matière. La solution dépend en effet de la nature de la règle juridique en question. S'il s'agit de l'une de ces règles que l'on appelle interprétatives, supplétives ou dispositives, l'obligation l'emportera. Au contraire, les vraies règles impératives du droit international ne peuvent en aucun cas être devancées par une simple obligation. "Aucune dérogation n'est permise" à une telle règle, "qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international ayant le même caractère" (72). La solution que nous proposons n'est d'ailleurs que semblable à celle admise dans la doctrine du droit interne. (73)

^{70.} Cf. Basdevant, op. cit., p. 494.

^{71.} Cf. Basdevant, op. cit., p. 469.

^{72.} Cf. l'article 50 du projet d'articles sur le droit des Traités préparé par la Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session (Genève, 4 Mai-19 juillet 1966). Documents officiels de l'Assémblée genérale, Vingt et unième session, Supplément No.9 (A/6309/Rev. 1), pp. 80—81.

Cf. aussi le Commentaire de la Commission sur cet article, op. cit., pp. 81-82,

^{73.} Of. René Capitant, L'impératif juridique, op. cit., p. 70 et s.

La règle de droit, ne pouvant être, à notre avis,que générale et abstraite (67), ces sont seulement les normes relevant de la première catégorie citée qui méritent d'être ainsi qualifiées. Les prétendues règles du droit international relatif au particulier ne sont en effet que des obligations internationales au sens que nous avons précisé.

La distinction entre la règle juridique et l'obligation que nous présentons, resout d'ailleurs le prétendu problème de l'autorité respective des règles générales et des règles relatives ou particulières,

La confusion entre l'obligation internationale et la règle de droit international n'a pas manqué de faire naitre le problème de l'autorité respective des règles générales et des règles particulières. (68). Si l'on rencontrait, sur une matière donné, une règle générale et une règle particulière qui sont divergentes, laquelle de ces deux règles devrait l'emporter ?

La question étant (à notre avis) mal posée la doctrine se trouve en effet divisée, sinon désorientée.

Certains auteurs (Anzilotti-Heilborn-Cavaglieri) croient trouver la solution dans l'adage juridique célèbre : in toto jure genus per speciem derogatur, et déclarent que c'est la règle particulière que doit l'emporter sur la règle générale (69).

⁼ valables que pour des sujets determinés: par conséquent des règles de droit particulier."

Cf. Morelli, op. cit. p. 472.

^{67.} Le fait que certains sujets du droit ne se trouvent pas, à un certain moment, dans la situation de fait prévue par la règle, ne touche en riem à sa généralité. "c'est ce qui arrive, par exemple, pour les règles du droit maritime par rapport aux Etats n'ayant pas de littoral maritime."

Cf. Morelli, op. cit., p. 472,

^{68.} Cf. en exemple des Etudes consacrées à ce sol-disant problème : Jean Ray, Des conflits entre principes abstraits et stipulations conventionnelles, R.C.A.D.I. 1934/2, t. 48, pp. 635—779.

Cf. aussi, Jules Basdevant, op. cit., p. 493 et s.

^{69.} Cf. Jules Basdevant, op. cit., p. 493.

6. La Valeur Pratique de la Distinction Proposée Entre L'Obligation et la Règle de Droit.

La distinction ainsi précisée entre le concept de l'obligation internationale, et celui de la règle juridique internationale proprement dite, nous ne pouvons nullemnt suivre celle avancée par la majorité de la doctrine entre le droit international général ou universel, et le droit international relatif ou particulier. (60).

On entend généralement par le terme "droit international général", les "règles qui n'ont pas une sphère de destinataires delimitée, parce qu'elles s'adressent à tous les sujets de l'ordre international, ou, en tout cas, à des sujets qui ne sont pas déterminés dans leurs individualité". (61) et qui ent pour objet "non pas un conflit d'intérêts déterminé et actuel, mais tous les conflits d'intérêts éventuels d'un type donné" (62). Les règles de ce "droit international général" ont le caractère d'être à la fois : générales et abstraites. C'est à ce droit général ou commun "qu'appaartiennent la plupart des règles coutumières (63), "qui valent pour tous les sujets du droit international, pour la communauté internationale toute entière" (64).

On désigue, au contraire, par le terme "droit international particulier" les prétendues règles du droit international qui ne valent que pur deux ou plusieurs Etats. La sphère de destinataires de ces règles pourrait être plus ou moins large, mais toujours bien determinée. (65). Ce sont en général les "normes édictées par des traités, normes qui, en principe, n'attribuent de droits et de devoirs qu'aux parties contractantes." (66).

^{60.} Cf. par exemple : Hans Kelsen, Théorie générale du droit international public, Problèmes chosisis, R.C.A.D.I., 1932, t. 42, p. 172 et a.

Gaetano Morelli, Cours général de droit international R.C.A.D.I., 1956/1, t. 89, p. 472 et s.

Jules Basdevant, Règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I., 1936/4, t. 58, pp. 484—496.

^{61.} Morelli, op. cit., p. 472.

^{62.} Morelli, op. cit., p. 474.

^{63.} Morelli, op. cit., p. 472.

^{64.} Hans Kelsen, op. cit., p. 173.

^{65. .} Cf., Morelli, op. cit., p. 472 et Kelsen, op. cit., p. 173.

^{6.} Kelsen, op. cit., p.173.

Il faut aussi, signaler que "la coutume crée parfois des règles qui ne sont-

C'est le même phénomène que l'on trouve en droit international, mais d'une façon moins développée qu'en droit interne. La différence n'est pas de nature, mais seulement de degré.

C'est toujours la communauté toute entière, qu'elle soit nationale ou universelle, qui possède la capacité d'imposer à ces membres (individus ou Etats) des règles de conduite obligatoires générales et abstraites et de les sanctionner. Afin de s'acquitter de cette fonction, la communauté aura certainement besoin d'un ou de plusieurs représentants. Elle pourrait dans certaines conditions les choisir librement. C'est le cas des communautés nationales ayant des traditions démocratiques. Mais dans la plupart des cas, c'est le plus (ou les plus) fort (s) qui s'impose (ou s'imposent) en tant que représentant (s) de la communauté. C'est le cas de la communauté internationale et de la majorité écrasante des communautés nationales, les pays de traditions, vraiement démocratiques ne font malheureusement qu'une petite minorité.

Que l'être humain ne trouve guère sa liberté dans la communauté nationale à laquelle il appartient, que l'Etat ne la trouve non plus au sein de la communauté universelle, c'est une réalité que l'on constate. avec amertume, mais que l'on ne saurait nullement ignorer.

La destinée tragique des juristes, à travers tous les temps, étant celle de chercher et de défendre cette introuvable liberté, une telle croisade ne peut être efficacement menée qu'à partir d'une connaissance approfondie des conditions du despotisme qui dominent le phénomène juridique à étudier qu'il soit interne ou internationale.

L'étude réaliste des phénomènes juridiques internationaux ne saurait être entreprise à partir des mythes insignifiants dépolis de toute valeur pratique, mais à partir des réalités vivantes de la société internationale aussi amères qu'elles puissent être.

Espérons, enfin avec le doyen Ripert que les juristes, : ces "défènseurs d'un droit dont dépend notre civilisation"; "consentent à voir comment les lois se créent" afin de perdre "l'illusion qu'elles sont toujours inspirées par la justice et constituent toujours un progrès" (59). Ainsi, ils pourraient, peut être mieux servir la cause de droit.

^{59.} Cf. Ripert, op. cit., p. VIII.

Cette autorité supra-étatique ne doit nullement avoir une existence permanente et structurée parreille à celle de l'Etat : (57) titulaire principal du pouvoir législatif dans les ordres juridiques internes. A notre avis, tout ensemble d'Etats exerçant de jure ou de facto le directoire des affaires communes de la communauté internationale à un moment donné, et dans n'importe quel domaine d'activités internationales aurait à ce même moment, et dans ce même domaine, cet attribut législatif (58).

La règle du droit n'étant qu'une règle de conduite impérative, abstraite et générale imposée par quiconcque qui aurait la puissance matérielle lui permettant de la sanctionner, nous ne voyons pas pourquir l'on nedoit reconnaitre aux Etats exerçant de jure ou de facto le directoire mondiale, la qualité de légiferer pour la communauté internationale toute entière.

Cette conception héterodoxe que nous présentons au lecteur ne se trouve d'ailleurs en aucune contradiction avec le principe célèbre de l'égalité entre les Etats. Chaque Etat de ceux qui composent ce directoire se trouve en effet sur le pied d'égalité avec les autres Etats membres de la communauté internationale. Ce dogme si cher aux juristes n'empêche pas que l'on regarde ces mêmes Etats tous ensemble en leur qualité de directoire international comme une autorité supra-étatique, à rasion de la fonction de représentant de la communauté internationale qu'il exerce. Rappelons que les ministres ou les députés dans n'importe quel Etat se trouvent en tant qu'individus sur le pied d'égalité avec les autres ressortissants de cet Etat, mais exercent en tant que Cabinet ou d'Assemblée nationale une autorité supérieure incontestable sur ces mêmes ressortissants.

[—] Cf. par exemple: Charles Rousseau, Principes Genéraux du Droit International Public, p. 6. Il trouve, comme d'ailleurs la plupart d'internationalistes, que les règles du droit international "sont consenties, non imposées".

^{57.} Même dans les ordres juridiques internes, l'histoire du droit et l'éthnologie juridique nous montrent que le droit a existé, et existe encore, dans des sociétés moins fortement organisées que nos sociétés étatiques modernes. "L'on voit ainsi que le droit a préexisté à l'Etat et n'a pas de lien nécessaire avec l'organisation étatique". Cf. Marty et Raynaud, Tome I, op. cit., pp. 8 et 9.

^{58.} Les Etats exerçant le directoire des affaires communes dans un certain domaine d'activités internationales ne sont pas forcement les mêmes en ce qui concerne les autres domaines.

La première générale et abstraite, lie tous les sujets du droit, et étant donné son caractère obligatoire crga omnes, ne peut avoir comme source formelle qu'un acte de nature législative imposé par une autorité supra-étatique représentant la communité internationale, l'accord volontaire entre tous les Etats faisant parties de la communauté internationale étant d'ailleurs pratiquement impossible. Le droit — qu'il soit interne ou international—étant un ordre de contrainte, (55) ses régles ne peuvent en tous cas être édictées que par voie d'autorité (56).

^{55.} Cf. Hans Kelsen, Théorie générale du droit international public, Problèmes choisis, R.G.A.D.I., 1932/4, t. 42, pp. 124 à 137 et surtout p. 132 et p. 133 où M. Kelsen précise que l' "opinion très répandue, suivant laquelle le droit interne s'appliquerait aux rapports de sujets inégaux hiérarchisés, le droit international à des aujets égaux, néglige le seul élément décisif en l'occurence : la hiérarchie entre la norme et ceux qui v sont soumis, qui est inhérente à tout ordre normatif... ... Il n'v a donc entre le droit international général et le droit interne que la différence suivante : celui-ci seul a des organes centraux. Mais on ne peut exprimer cette différence en disant que celui-ci (le droit interne) est un système de subordination, celui-la (le droit international) un système de coordination. De même on ne peut dire que les normes de droit interne sont les seules à avoir derrière elles une force garantissant leur observation, car cette force ne s'exprime que par la réalisation de la sanction ou par la conduite de l'homme qui évite la sanction. Or, ces deux manifestations se retrouyent dans l'ordre juridique international ; sculement la force d'un ordre juridique interne se manifeste plus nettement par ses organes centraux que la force du droit international qui est, elle aussi cependant, une puissance juridique, consistant en l'efficacité de normes. Ce qui trompe, ici, c'est le dédoublement superflu, qui, derrière le droit interne pose l'Etat comme une entité distincte du droit (alors qu'il n'est que la personnification de ce droit). C'est là ce qui crée l'apparence d'une différence absolue entre droit interne et droit international. Car on dit : "derrière" le droit international, il n'y a pas d'Etat. Mais cela signific que le droit international n'institue pas d'organes spécialisés et différenciés, que la communauté constituée par lui n'est pas si centralisée que la communauté juridique constituée par le droit interne nommé "Etat". Mais la communauté juridique constituée par le droit international existe dans le même sens (dans le sens figuré) «derrière» le droit international aussi bien que L'Etat "derrière" le droit interne.

^{56.} Le point de vue que nous exprimons n'est guère partage par la majorité de la doctrine.

Il peut, au contraire, avoir pour sujet (ou sujets) une personne (ou plusieurs) spécialement designée (s). C'est le cas de l'obligation : règle de conduite aussi impérative que la règle juridique, mais à l'inverse de la denière, individuelle et speciale.

C'est peut être le caractère impératif et obligatoire commun à ces deux catégories des règles qui est à l'origine de la confusion entre les deux concepts, dont la distinction nous paraît pourtant plus que claire (54).

Cette confusion regrettable répandue dans la littérature juridique consacrée au droit des gens, n'a pas manqué d'entrainer une autre cofusion non moins dangereuse entre les sources du droit et les sources des obligations, qui constitue, à notre avis, l'élément essentiel de l'obscurité qui domine la matière.

Pourtant, le fait que l'une de ces deux règles de conduite se trouve par définition générale et abstraite, et que l'autre n'est que particulière et concrète, ne peut être négligé.

^{54.} Cette "confusion" trouve cependant une remarquable justification théorique dans la pensée Kelsenienne qui ne fait pas la distinction entre les règles généralés et les règles individuelles. D'après Kelsen, la continuité de l' ordonancement juridique se développe par degrés. Les règles individuelles "dans le cadre des compétences que définiseant les règles supérieures, viennent prolonger l'ordre juridique. Il en est ainsi des actes administratifs individuels, des décisions judiciaires, des contrats. Ces actes juridiques venant formuler la règle qui devra être suivie dans tel ou tel cas particulier sont sources de droit au même titre que les règles plus générales qu'elles développent et prolongent.". Si l'on accepte la conception Kelsenienne "toute distinction disparaît entre les sources du droit et les sources des obligations. Ces demières ne sont que le prolongement des premières."

⁽Cf. pour l'exposé et la critique de la pensée Kelsenienne sur ce point: Marty et Raynaud, Tomee I, op. cit. pp. 211—212).

Of aussi pour le développement, detaillé de la pensée Kelsenienne :

Hans Kelsen, Théorie pure du droit, Traduction française de la 2ème édition de la «Reine Rechtslehre», par Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.

Cf. aussi l'ariole publié par Kelsen dans les Archives de Philsophie du droît et de Sociologie Juridique, (1940) sur la théorie juridique de la convention, pp. 33—76.

Le système juridique auquel celle-ci appartient" (52) on s'apercevrait que le droit des gens a bien connu sous la technique des lettres de représailles pratiquée jusqu'à la fin du 18ème siècle (53), des procédés d'engagement (obligatio) d'une personne (obligatio personae) ou d'une chose (obligatio rei) n'impliquant pas la création concomitante d'une dette. D'autre part, l'on pourrait logiquement soutenir, que certaines "obligations" que créent les traités internationaux ne presentaient à vrai dire que le seul élément "Schuld", compte tenu de l'inexistence d'une vraie sanction garantissant la dette contractée.

La question méritant, en tout cas, d'être soigneusement examinée afin d'éviter toute conclusion hative ou anticipée, ferait l'objet d'une autre étude que nous esperons prochainement publier.

Vers Une Distinction Entre L'Obligation et la Règle Juridique en Droit Înternational Public.

L'impératif comme nous l'avons précisé peut être soit général, soit individiuel. Il peut avoir pour sujets toutes les personnes se trouvant dans certaines conditions objectivement déterminées. C'est le cas de la règle de droit : règle de conduite impérative, générale et abstraite.

^{52.} Cité par Comparato, op. cit., p. 17.

^{53.} Les dernières lettres de représailles datent de la fin du 18e siècle. En 1778, le gouvernement français accorda des lettres de représailles à deux de ses sujets dont les navires fuerte saisis par les Anglais. En 1793, un certain Marseillais réussit à obtenir une lettre de représailles contre Gênes.

Il est, en tous cas, certain qu'actuellement l'octroi des lettres de représailles serait incontestablement illégitime. Cf. sur les représailles en général :

Ernest Nys, Les origines du droit international, Thorin & Fils, Paris, 1894, p. 63 et s.

Sir Jeaffrey Bulter and Simon Naccoby, The development of International Law, Longmans, Green and Co. Ltd., London, 1928, p. 174 et s.

Clyde Eagleton, The responsability of States in international Law, New York University Press, 1928, p. 16 et s.

Georg S chwarzenberger, The Frontiers of international Law, Stevens & Sons Limited, London, 1962, p. 101, ct s.

Cf. surtout notre thèse : "Les perspectives d'une responsabilité internationale sans acte illicite", Thèse, Paris, 1964, p. 8 ets.

relation de devoir-avoir ayant pour objet une prestation" (49). Pour le débiteur ce devoir n'est que la dette : le devoir d'accomplir la prestation (Leistensollen). Pour le créancier, c'est le devoir de recevoir la prestation qu'il a en même temps que le droit de recevoir (Bekommensollen).

Le deuxième élément (Haftung en Allemand, Obligatio en Latin) n'est qu'un rapport de responsabilité. "Il désigne en effet la garantie dont jouit le créancier, c'est-à-dire la personne, la chose ou les choses qui repondent du debitum, qui en garantissent l'exécution ou, si l'on veut, le pouvoir de contrainte que le créancier peut exercer sur la personne ou sur les biens en vue d'obtenir sinon l'exécution de la prestation du moins une satisfaction équivalante" (50).

L'ancien droit germanique, ainsi que l'ancien droit romain ne connaissaient pas "au début, de coexistance nécessaire du rapport de responsabilité. On trouverait non seulement des dettes non garanties, mais aussi des responsabilités sans dettes.".

Les deux éléments de l'obligations étaient en effet complètement independants l'un de l'autre. "Deux actes distincts étaient nécessaires à leur création. Il n'y avait pas au début de responsabilité légale, découlant directement de la naissance d'un devoir. Puis, on aurait établi à l'encontre du débiteur récalcitrant une sanction pénale; celui qui ne s'acquitte pas de ses dettes aurait été considéré comme un délinquant et sujet de ce fait à une mesure de bannissement. Ce n'est que beaucoup plus tard qu'on aurait crée une responsabilité privée, découlant directement de la dette, d'abord pour certains cas spéciaux, et puis d'une façon générale."(51).

Si l'on acceptait la thèse d'Amira d'après laquelle "l'analyse dualiste de l'obligation était une nécessité de l'esprit, car elle correspondrait à l'essence même de l'objet étudié" et par conséquent, "pouvait et devait s'appliquer à n'importe quel type d'obligation, quel que soit

^{49.} Cf. Comparato, op. cit., p.12.

^{50.} Cf. Marty et Raynaud, Droit Civil, Tome II, op. cit., p. 9..

^{51,} Cf, Comparate, op. cit., p.13.

conditions objectivement determinées. C'est le cas de la règle de droit : règle de conduite impérative, générale, et abstraite. Il peut, au contraire avoir pour sujet (ou sujets), une personne (ou plusieurs), spécialement désignée (s). C'est le cas de l'obligation : règle de conduite aussi impérative que la règle juridique, mais à l'inverse de la dernière, individuelle et particulière.

Analysant la notion de l'obligation, l'on ne saurait négliger d'attirer l'attention du lecteur sur les possibilités interessantes que pourait offirir la transposition éventuelle au droit des gens de la conception dualiste de l'obligation (41).

S'inspirant des travaux de Brinz (42), de Cornil (43). de Marachi(44) et de Pacchioni(45), consacrés au droit romain, et de ceux de Amira(46), et de Gierke (47), consacrés à l'ancien droit germanique, les tenants(48) de cette théorie analysent l'obligation en deux éléments. Le premier (Schuld en Allemand, debitum en Latin) n'est essentiellement qu''use

Cf. sur la conception dualiste de l'obligation en général :
 Fabio Konder Comparato, Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé,
 Dallos, Paris, 1964.

On trouve aussi un resumé fort clair de la doctrine dualiste de l'obligation dans la thèse du Prof. Abdel-Moneina El-Badrawi (Le Caire - 1950, en Arabe),

^{42.} Of, ossentiellement son article intitule "Der Begriff Obligatio", publié dans Zeitschrift für das privat und offentliche Recht der Gegenwart, editée par le Dr. C. S. Grunhut, vol. I. 1874, p. 11.—40, resumé par Comparato, op. cit., pp.4 --- II.

^{43.} Cf. ccs articles cités par Gomparato, op. cit., p. 14 note 55, et surtout son article "Debitum et obligatio", Mélanges Girard, Paris, 1912, t. I, p. 199 cct s.

^{44.} Cf. son ouvrage : Storia e concetto della obligazione romana, Roma 1912, 2 Vol.

^{45.} Cf. son "Concetto et origini dell'obligazione romana", appendice x au permier volume de la traduction italienne del Obligationerecht de Savigny, 1912, p. 488 et s., cité par Comparato, op. cit., p. 14, note 54.

^{46.} et 47. Cf. les ouvrages de Amira et de Gierke citée par Comparato, op. cit., p. 11 note 40-41.

^{48.} Cf. les noms et les ouvrages des juristes partisans de la théorie dualiste dans Comparato, op. cit., pp. 16 et 17 (Note 65).

C'est cette distinction entre les sources de la règle du droit et celles de l'obligation qui dominerait les reflexions que nous présentions à nos lecteurs

4. Le Contenu Juridique de la Notion de l'Obligation

L'obligation est généralement définie par les civilistes en tant que "une institution juridique en vertu de laquelle une personne, appelée débiteur, est tenue envers une autre, appelée créancier, d'une prestation positive ou d'une abstention.'' (36). C'est, en effet, "un lien de droit entre deux personnes, par lequel l'une est astreinte envers l'autre à faire ou à ne pas faire quelque chose'' (37),.

Etant donné qu'en général "tous les effets juridiques particuliers et individuels, se prêtent mal à une inclusion dans le droit objectif, à raison même de leur manque de généralité, et relèvent plutôt de l'application de la règle objective", (38) "il sera utile de faire remarquer que l'imperatif général s'individualise necéssairement au moment de son application" (39) afin de préciser que ce "lien de droit entre deux personnes" n'est, à vrai dire, qu'une espèce du genre de l'impératif juridique individuel. L'obligation en effet "d'une part, lie une personne, c'est-à-dire est un impératif individuel, et, d'autre part, profite directement à une autre personne, limitation nouvelle qui la réduit à n'être qu'une catégorie spéciale parmi les impératifs juridiques individuels", (40)

L'impératif, en effet, peut être soit général, soit individuel. Il peut avoir pour sujets toutes les personnes se trouvant dans certaines

Le Professeur Strupp, tout en reconnaissant la possibilité théorique de l'existence d'une règle du droit international vraiment universelle, trouve que "abstraction faite de ces rares exceptions; il est vrai de dire que le droit des gens ne comprend que des normes coutumières particulières." (p. 318).

^{36.} Marty et Raynaud, Droit Civil, tome II, le. Volume (Les obligations), Sirry, Paris, 1962, p. 7.

^{37.} René Capitant, L'illicite, tome I, L'impératif juridique, op. cit., p. 65.

^{38.} Marty et Raynaud, op. cit., p.17.

^{.5: 39.} René Capitant, op. cit., p. 59.

^{40.} Cf. Rene Capitant, op. cit., p. 65.

leurs plus ou moins complète suivant l'état de développement juridique de la société dans laquelle le droit va jouer. (32).

Emile Giraud se trouve plus catégorique que Basdevant en affirmant que "le droit est essentiellement constitué par des règles qui ont pour caractère d'être générales, impersonnelles et obligatoires" (33).

Georges Scelle adopte — nous parait-il - le même point de vue en declarant dans ses "reflexions hétérodoxes sur la technique de l'ordre juridique inter-étatique", que "l'élaboration de la règle de droit", n'est que la "détermination par voie générale et abstraite du contenu et de l'exercice des compétences" (34).

A notre avis, la règle de conduite internationale ne peut être qualifiée "règle du droit" à moins qu'elle ne soit générale, abstraite, impérative et obligatoire. Dès lors on ne saurait qualifier "sources du droit" que celles capables de créer de telles règles. Les soi-disant sources du droit n'ayant que la capacité de créer de règles relatives ou particulières ne sont à vrai dire que des sources des obligations et pas du droit (35).

⁽³²⁾ Gf. Jules Basdevant, Règics générales du droit de la paix, R.C.A.D.I., 1936/4. t. 58, p. 478.

Cf. aussi : le chapitre premier de cette étude magistrale intitulé "Conception Universelle et relativisme en droit international", pp 484 — 496.

⁽³³⁾ Emile Giraud, le droit positif, ses rapports avec la philosophie et la politique. Mélanges Basdevant, Editions A. Pedone, Paris, 1960 p. 213.

⁽³⁴⁾ Georges Scelle, Quelques reflexions hétérodoxes sur la technique de l'ordre juridique inter-étatique. Mélanges Basdevant, p. 474.

⁽³⁵⁾ Il faut cependant signaler que d'après certains internationalistes la règle du droit international ne peut être que particulière et relative,

Cf. en ce sens Triopel, Droit International et droit interne, traduction française, Paris, 1920, p. 82 et 183, cité par Jules Basdevant, op. cit., p. 478.

Selon Trièpel, "la sphère d'application des règles de droit 'international se lissite aux Btats qui les ont reconnues: au sujet de chaque règle se contàtute une communauté juridique particulière, composée des Btats qui ont reconnu cette règle, mais il n'y a pas de communauté juridique s'étendant à tous les Etats, parce qu'on ne peut établir l'existence de principes juridiques internationaux dérivant d'un accord auquel tous les Etats auraient participé. Trièpel étaine donc qu'il existe un partikulares Veikerrechs, noin ut-allegémeines Veikerrecht" (Cf. Basdevant p. 1487).

Cf. ausa' Kart Stropp, Les règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I., 1934/1, t. 47.

astreignent ou peuvent astreindre, ceux bui sont justiciables de cette règle" (28). En cas de néconnaissance de la règle "des sanctions pourront être mises en mouvement en vue de contraindre à l'exécution" (29).
C'est en effet ce caractère qui différencie la règle du droit des autres
règles de conduite sociale (règles de la religion, de la morale, de la courtoisie...) "Le propre de celles du droit est qu'elles ne sont pas conditionnelles, mais impératives. Elle ne sont pas enoncées de façon à laisser
quant au but à atteindre une liberté de choix et à laire varier les moyens
suivant le but choisi. Au lieu de dire "Si vous voulez obtenir cela,
faites ceci", elles disent "Faites ceci sinon vous subirez la saction que
voici" (30).

La règle du droit ne peut être donc conçue qu'en tant de règle de conduite générale, abstraite, impérative et obligatoire, destinée a assurer le maintien de l'ordre et la paix dans la societé et garantie par l'intervention eventuelle de sanctions.

Malgré notre opposition à toute transposition systèmatique au droit des gens des concepts du droit interne, — l'étude du droit international devant être envisagée à partir d'une technique juridique particulière inspirée par l'originalité frappante de la societé internationale(31) — nous sommes d'avis que la conception ainsi précisée de la règle juridique vaut aussi bien en droit international qu'en droit interne,

C'est d'ailleurs l'avis de plusieurs autorités du droit des gens.
D'après le professeur Jules Basdevant le droit n'est qu'un "ensemble de règles de conduite destinées à assurer, dans une société donnée, l'ordre et la justice en limitant l'action des hommes et, corrélativement, en protégeant leurs intérêts légitimes. Il atteint cette fin par la force d'application dont il est investi. Le droit positif se caractérise précisément par le fait qu'il est revêtu d'une force d'application, force d'ail-

^{. (28)} Cf. Paul Amselek, Méthode Phénoménologique et théorie du droit, Bibliothèque de Philosophie, du droit, Librairie Générale de droit, et de Jurispru' dence, Paris, 1964, p. 225.

⁽²⁹⁾ Gf. Marty et Raynaud, op., cit., p. 7.

⁽³⁰⁾ Cf. K. Stoyanovitch, op. cit., p. 80.

^{(31).} Gf. sur la thechaique juridique du droit international en général : Charles . Rouseau, Principes, généraux du droit international public, Edition A. Pedione, Paris, 1944, pp. 75 — 104.

Ce caractère de généralité, garantie efficace et exemplaire, de l'égalité entre les sujets du droit (22), constitue en effet une nécessité imposée par la nature des choses. "La norme juridique, devant servir de base au réglement des rapports futurs, ne peut être établie que de manière générale. La norme doit préceder le cas, et si elle doit précéder, elle doit nécessairement faire abstraction des éléments accidentels, dont le cas s'accompagne chaque fois. On peut donc dire que la sûreté de la norme juridique a pour condition le rigidité de la norme" (23). La règle du droit, étant générale procède, en effet, "par abstraction, par fixation de types; c'est-à-dire se rapporte à toute une classe, ou série de cas en nombre indéfini, et non à des personnes ou à des rapports considérés individuellement" (24).

"Pour qu'il y ait droit, il faut qu'il y ait une certaine abstraction, généralisation, synthèse par rapport aux faits... ... Le droit ne peut s'appliquer que s'il y a une certaine dépersonnalisation du participant au phénomène juridique. Le droit est finalement toujours une règle objective. Il détermine des situations, des comportements des attitudes qui sont toujours objectivées ou objectivables" (25).

Malgré l'importance théorique et pratique du caractère "général" de la règle du droit, sa fondametale caractéristique n'est, à notre avis, que son caractère impératif (26) et obligatoire garantie par l'intervention éventuelle de sanctions" (27). La règle juridique est essentiellement "une règle au respect de laquelle des actes de contrainte exterieurs

^{(22) &}quot;Etant générale, la règle juridique sera la même pour tous et par suite égalitaire;"

Cf. Marty et Raynaud, op. cit. p. 52.

⁽²³⁾ Georges Del Vecchio, Philosophie du droit, Traduction de J. Alexis D'Aynac, Dalloz, Paris, 1953, p. 281.

⁽²⁴⁾ Georges Del Vecchio, op, cit, p. 280.

⁽²⁵⁾ Gf. J. Ellul, Sur l'artificialité du droit et le droit de l'exception, Archives de Philosophie du Droit, No. 8, Sirey, Paris, 1963, pp. 24 et 25.

⁽²⁶⁾ Cf. René Capitant, L'Illicite, Tome I : L'impératif juridique, Dalloz, Paris, 1929, p. 55 et s.

⁽²⁷⁾ Marty et Raynaud, op. cit., p. 7.

et munie pour le cas de non-observation d'une sanction organisée et materielle". (17). Cette "règle de vie ... doit être suivis obligatoirement par tous afin que l'ordre et la paix régnent dans la societé"(18). Sa raison d'être n'est en effet, que "le besoin d'établir et de maintenir un ordre dans la societé, afin que les membres de la dite societé puissent vivre exterieurement dans la paix"(19).

La règ'e juridique se présente toujours "comme une règle générale et abstraite : elle n'est pas faite pour un individu ou pour un acte; elle est faite pour tous, ou du moins pour tous les individus ou tous les actes rélèvant d'une certaine situation, d'une catégorie abstraitement définie" (20)

La règle du droit ainsi conçue présente par elle-même le caractère de généralité. Cette généralité "se reconnait au caractère abstrait de la règle, qui est nécessaire pour son application dans l'avenir. (21).

Claude Du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 3ème édition, Delachaux & Niestle, Neuchâtel (Suisse), 1948, p. 89 et a.

Georges Del Vecchio, Philosophie du droit, Traduction de J. Alexis D'Aynac, Dalloz, Paris, 1953, p. 279 et s.

Cf. aussi : Réné Capitant, L'illicite, Tome I, L'impératif Juridique, Dallos, - Paris, 1929.

Paul Amselek, Méthode Phénoménologique et théorie du droit, Bibliothèque de Philosophie du droit, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1964, Chapitre II, du Titre Premier: "La juridicté en tant qu'essence spécifique du phénomène juridique," pp. 217 — 357.

Georges Ripert, Les Forces Créatrices du Droit, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1955, p. 307 et s.

⁽¹⁷⁾ Cf. K. Stoyanovitch, Ya-t-il une science du droit? Contribution à l'épistémologie générale. Archives de Philosophie du droit, Sirey, Paris, 1959 (Droit et Histoire), p. 80.

⁽¹⁸⁾ Cf. Georges Ripert, Les forces créatrices du droit. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1955, p. 308.

⁽¹⁹⁾ Cf. K. Stoyanovirch, op. cit., p. 80.

⁽²⁰⁾ Cf. Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit Civil, Tome I, Sirey, Paris, 1961, p. 7.

⁽²¹⁾ Le législateur ne sait pas à l'avance quels sont ceux auxquels la loi s'appliquera. Ceux là se détermineront eux-mêmes par leurs actes ou par leurs faits. Ils se placeront ainsi volontairement ou nos sous l'application des Jois.

Cf. Georges Ripert, op. cit., p. 315.

Cette confusion regrettable entre "la règle juridique" et "l'obligation", n'a pas manqué à entrainer une autre confusion non moins dangereuse entre les sources de la règle juridique internationale proprement dite et celles de l'obligation internationale.

L'étude serieuse de la question ne peut être, à notre avis, clairement entreprise sans être nécessairement précedée d'une détermination précise du vrai sens de chacune de ces deux notions si dangereusement confondues chez les internationalistes qui nous avaient précédé à étudier ce problème.

Dès lors, nous nous proposons de consacrer cette introduction sommaire à la précision de la vraie conception juridique de ces deux notions, avant de présenter au lecteur nos reflexions sur les sources de chacune de ces deux catégories des règles de conduite internationale avant le caractère obligatoire.

3. Les Caractéristiques de la Règle de Droit :

Il est généralement admis dans la litterature abondante consacrée à la théorie générale du droit(16) que la règle du droit n'est qu'une "regle de conduite" générale, abstraite et obligatoire, destinée à régler la conduite des sujets de droit "dans leurs rapports avec leurs semblables

[•] lui "Il y a des règles qui n'ont pas une sphère de destinataires délimitée, parce qu'elles s'adressent à tous les sujets de l'order international, ou, en tout cas, à des sujets qui ne sont pas déterminés dans leur individualité. Ces règles constituent ce que l'on appelle le droit international général ou commun. D'autres règles sont au contraire, de droit particulier, parce qu'elles ont une sphère de destinataires plus ou moins large, mais toujours bien déterminée" (p. 472).

Morelli constate avec raison que "les règles du droit international qui, en égard à la sphère des destinataires, ont le caractère de règles générales, sont aussi, en même temps, abstraites" (p. 474), et que "les normes de droit particulier, au contraire, peuvent être soit abstraites soit concrètes". (p. 475). Néanmoins il qualifie ces dernières de vraies règles de droit, malgré leur caractère concret (p. 475) et déclare que "dans l'ordre international, le droit particulier l'emporte, au point de vue quantitatif, sur le droit général". (p. 373),

⁽¹⁶⁾ Cf. Heari Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, Pédone, Paris, 1925, p. 27 et s.

Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit Civil, Tome 1, Sirey, Paris, 1961, p. 5 et s. =

La vraie raison de cette obscurité ne réside essentiellement, à, notre avis, que dans la confusion complète, consciemment ou inconsciemment entretenue dans la doctrine du droit international entre la notion de la "règle juridique" et celle de "l'obligation" (15) pourtant très facile à distinguer

Que ces règies forment, dans leur ensemble, un système organique et unitaire, est aussi un fait indeniable. Après quoi, vouloir mettre en question la "juridicité" du droit international scrait tout simplement anni-scientifique". Seul l'emploi de notions fausses à l'égard du caractère même de la juridicité, seule l'intervention d'idées préconçues, et de déformations non scientifiques du concept du droit ont pu être la cause des doutes qu'on a vu poser à cet égard (p. 951). La conclusion d'Ago nous parait tout à fait exacte. Il trouve qu "Un ordre juridique est une réalité objective dont l'existence se constate dans l'historier, et au regard de laquelle la tâche, que l'on a, est de la connaître, et non pas de la "fonder" sur des faits ou sur des principes idéaux. L'existence de l'ordre juridique international en particulier, est une donnée qui ne peut se trover demontrée qu'à la suite d'un examen scientifiquement objectif de la réalité empirique. Mais une fois que cet examen a permis de l'établir comme vraie, valoir nier ou même seulement confirmer une telle donnée sur la base de prémisses de quédque nature que ce soit, o'est se placer hors du terrain de la science juridique".

C'est d'ailleurs l'opinion de Balladore Pallieri dans son "Diritto Internazionale pubblico" 5ème. éd. 1948, p. 13 et s. (Cité par Rolando Quadri, op. cit. p. 619 note 1).

(15) Cf. par exemple Gaetano Morelli, Cours général de droit international public. R.C.A.D.I., 1956/1, t. 89, p. 472 et s.

Morelli fait la distinction entre deux catégories des règles de droit international, à partir du critère relatif "à la sphère des destinataires des règles de droit", D'après=

E Cf. aussi Roberto Ago, Science juridique et droit international, R.C.A.D.I., 1956[2, 1. 90, D'après Ago, le pretendu problème du fondement de la "juridicité" de l'ordre juridique international, auquel "les juristes ont dédié tant d'efforts ingénieux autant que stériles", "doit être tout simplement éliminé du cadre de ceux qui forment d'objet de la science du droit, car it n'est que l'amère conséquence d'une application de conceptions théoriques scientifiquement non fondées" (l'étatisme juridique) (n. 953).

Il affirme, non sans raison, "qu'au sein de la communauté internationale, tout comme dans n'importe quelle autre société humaine, se révèle la prèsence de règles qui possèdent tous les aspects typiques qui les font qualifier de juridiques par la science du droit, et qui agissent dans la manière qui est propre des règles juridiques, est une donnée, d'expérience évidente.

Le fait que "l'étude des sources du droit international est en étroit rapport avec la conception de la nature du droit international en général", et que "cette conception se reflète fidelement dans le choix des sources dont on croit pouvoir la déduire" (12), n'est pas étranger à cet etat de confusion.

La doctrine se trouve en effet, depuis toujours et jusqu'à nos jours, amèrement divisée en ce qui concerne la nature du droit international et le fondement de son caractère obligatoire(13), un problème que nous considerons essentiellement métajuridique, et dès lors, n'hesitons pas à eliminer de la théorie générale du droit international public.(14).

⁽¹²⁾ Cf. G.A. Finch, op. cit. p. 535, et H. Lauterpacht, Règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I., 1934/4, t. 62, p. 149 et s.

⁽¹³⁾ La littérature consacrée à cette question est très abondante. Cf. par exemple : Mis Alessandri, le droit international public — Les doctrines, Editions A. Pedone, Paris, 1941.

Roberto Ago, Science juridique et droit international, R.C.A.D.I. 1956/2, t. 90, pp 849 --- 955.

James Leslie Brierly, Le Fondement du Caractère obligatione du droit international, R.C.A.D.T., 1928, t. 23 (La version originale de ces cours lut publié en 1958 at the clerendon press (Oxford) sous le titre : "The Basis of Obligation in International Law,").

Micrea D. Juvare, Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international, R.O.A.D.I., 1938/2, t. 64, pp 485 — 625.

Rolando Quadri, le fondement du caractère obligatoire du droit international public, R.C.A.D.I., 1952/1, t. 80, pp 583 — 631.

Antonio Truyol, Doctrines contemporaines du droit des gens, R.G.D.I.P., 1950, pp 369 --- 416.

Alfred Von Verdross, Le Fondément du droit international, R.C.A.D.I., 1927/1.:t. 17.

⁽¹⁴⁾ C'est en effet l'avis de plusieurs auteurs d'une autorité incontestable. Cf. Karl Strupp, Les règles générales du droit de la paix, R.C.A.D. I., 1934/1, t, 47. D'après lui "le fondement du droit international est préjuridique" (p. 300) étant donné que "ce n'est pas dans la sphère juridique que l'on pourra trouver le dernier fondement de la force obligatoire du droit : le devoir d'obéir à un droit a du exister nécessairement et logiquement avant la création du droit même," Donc "La sphère du droit ne suffit pas pour expliquer son caractère obligatoire vis-à-vis de ceux auxquels il s'adresse" (p. 299).

C'est parait-il l'avis de Kelsen, dans son ouvrage Haupt-problème, p. 50 et suiv. (Clié par Strupp, op. cir. p. 299) quand il qualifie la nature ménajuridique de la naissance du droit comme un "mysterium juridique".

Les sources materielles, étant essentiellement de nature extrajuridique, et dès lors échappant au domaine des recherches juridiques, nous ne nous occuperons en principe que des sources formelles, le juriste ne devant "lorsque'il fait du droit, sortir de son domaine propre, sous peine de faire mal son métier;" (9).

La réalité des sources créatrices ne doit être cependant systèmatiquement ignorée. Nous l'étudierions chaque fois qu'elle nous paraissait necessaire à la compréhension de la source formelle engendrant la règle que nous aurions à examiner(10).

2. La Complexité du Probléme :

Malgré l'importance primordiale que révet l'étude de la théorie générale des sources du droit international public, et malgré les contributions que lui consacrèrent plusieurs générations des internationalistes de premier ordre, "nulle part la confusion n'est plus grande, et dès lors, la clarté plus necessaire" (11).

Mais, s'il ne convient pas d'annezer le domaine du voisin, il ne convient pas davantage de l'ignorer et de méconnaitre son intérêt comme si les phénomènes que l'on étudiair formaient un mode complétement à par séparé par un immense vide des autres phénomènes sociaux. Sans doute le droit est très différent de la philosophie et de la politique, mais celles-ci engendrent le droit. A moins d'être bornés, des juristes ne peuvent pas ne pas s'en rendre compte, mais ils peuvent perdre de vue l'importance de cette parenté".

⁽⁹⁾ Cf. Emile Giraud, op. cit. p. 213,

⁽¹⁰⁾ Giraud trouve, non sans raison, que "suivant une tendance imperialiste souvent inconsciente, les specialistes d'une discipline, sont parfois inclinés à annexer le domaine du voisin. Cette tendance est facheuse, car le domaine din ennexé se rélève inassimilable en même temps qu'il est mal compris et mal traité. Que personne ne fasse le métier du voisin, en croyant faite le sien. Il est sans doute bon que certains fassent plusières metiers, mais c'est à la condition qu'ils les distinguent et qu'ils les fassent convenablement. D'un juriste sociologue, les juristes disaient : "C'est peut-être un bon acciologue, mais ce n'est pas un bon juriste", tandis que les sociologue, disaient : "C'est sans doute un bon juriste, sans c'est un mavais sociologue."

Cf. Emile Giraud, op. cit. p. 235.

⁽¹¹⁾ Cf. J. de Louter, Het Stellig. Volkenrecht (La Haye 1910) T.1. p. 42 de la traduction publicé à Oxford en 1920., Cité par George A. Finch, Les sources modernes du droit international, R.C.A.D.L., 1935/3, t. 53, p. 535.

l'attention du lecteur sur le fait que "l'expression de sources du droit est communément employée dans deux acceptions différentes" (3). Malgré l'ambiguité de la question, la distinction se trouve en effet bien établie entre les sources formelles et les sources matérielles du droit(4).

Par "sources formelles", il faut entendre "les modes de formation des normes juridiques, c'est-à-dire les procédés et les actes par lesquels ces normes accédent à l'existence historique : s'insèrent dans le droit positif et acquièrent validité" (5).

Les sources matérielles sont consituées par les idées et les valeurs qui ont inspiré la règle de droit. "Cette source est extrajuridique. Elle relève de la philosophie(6) et de la politique(7)" (8).

⁽³⁾ Cf. Michel Virally, op. cit, p. 148.

⁽⁴⁾ Cf. par exemple :

Gaetano Morelli, Cours général de droit international public, R.C. A. D. I., 1956/1. t. 89, p. 450 — Dionitio Ansilotti, Cours de droit international, Traduction française par Gilbert Gidel, Sirey, Paris, 1929, p. 67, Georges Scelle, Manuel de droit international public, Editions Domant-Montchrestien, Paris, 1948, pp 9 — 10. Louis Delbez, les principes généraux du droit international public, L.G.D.J., 3ème édition, 1964, p. 44 Paul Reuter, Droit International Public, colloction Thémis, P.U.F., Paris, 1958, Paris, p. 28.

James-Leslie Birerly, Régles générales du droit de la paix, R.C.A. D.I., 1936/4, t. 58, p. 69.

Paul Heilborn, les sources du droit international R.C.A.D.I., 1926/1, t.1, p. 11 et s.

Cf. aussi Erich Kaufmann, Règics générales du droit de la paix, R.C.A.D.I., 1935/4, t. 54, p. 491 et s.

⁽⁵⁾ Of. Michel Virally, op. cit. p. 148.

⁽⁶⁾ Par le terme "philosophie" nous entendons: les opinions, les croyances, les ideaux, les aspirations qui animent plus ou moins la vie d'une certaine société et sur leaquels repose son organisation. "La philosophie ainsi entendue ne se confond pas avec l'ensemble de la philosophie telle qu'elle est cultivée et enseignée et dont les diverses branches sont la psychologie, la logique, la morale, la metaphysique et la sociologie. Cependant ses éléments relèvent de ces diverses disciplines, particulièrement des trois dernières. Cette philosophie ainsi entendue n'est pas une théorie, c'est un fait, une chose vécue,".

Cf. Emile Giraud, op. cit. p. 227-228.

Notons aussi que "si l'influence de la philosophie d'une société sur son droit est très grande, il reste que la philosophie et le droit qui en procède, ne s'identifient pas. Leurs caractères sont différents, La Philosophie est une pensée, une attitude de l'esprit et de la sensibilité. Le droit lui, est un système de règles diverses et précises qui sont construites selon une technique particulière?

Cf. Emile Giraud, op. cit., p. 230,.

⁽⁷⁾ Pour la définition de la notion de "politique" Gf. Maurice Duverger, Sociologie Politique, Collection Thèmis, Presses Universitaires de France, Paris, 1966, pp. 13 et s. Georges Burdeau, Méthode de la science politique, Dalloz, Paris, 1959, pp. 65 et s, et surtout : Julien Freund, L'Essence du Politique, Sirey, Paris, 1965.

⁽⁸⁾ Cf, Emile Giraud, op. cit, p. 213.

QUELQUES RELFEXIONS METHEDOLOGIQUES

SUR

LES SOURCES DE LA REGLE DE CONDUITE OBLIGATOIRE EN. DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (*)

Par

MOHAMED SAME ABDIL HAMID

Chargé de Cours à la Faculté de Droit d'Alexandrie

1. Les Deux Conceptions de la Notion de "Sources".

Le rôle du juriste étant essentiellement d'expliquer, d'interpréter et de rendre plus claires et accessibles les règles du droit positif(1), l'on ne saurait s'aventurer dans ce Labyrinthe de la théorie des sources de la règle de conduite obligatoire en droit des gens(2), sans attirer

^{*} Le présent article reproduit intégralement, ou présque, l'indroduction, un cours de Doctorat posessé par l'auteur à la Faculté de Droit d'Alexandrie sous le titre: les sources de la règle de conduite obligatoire en droit international public.

 [&]quot;Le droit positif," n'est à notre sens que le droit en vigueur, ou le droit effectivement appliqué dans une certaine société.

Cf. Emile Giraud, le droit positif, ses rapports avec la philosophie et la politique.

Mélanges Basdevant. Pedone. Paris. 1960. p. 216 et s..

Cf. aussi Michel Virally, La pensée juridique, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, pp. 137 — 147.

D'après le Professeur Virally "Effectivité et validité représentent... les deux idées par lesquelles se définit le droit possitif" (p. 137).

C'est d'ailleurs l'avis de Georges Scelle. D'après lui, le droit positif n'est que "l'ensemble des règles sociales en vigueur à un moment donné, dans une société donnée".

Cf. Georges Scelle, Précis de droit des Gens, Sirey, Paris, 1932, Première Partie, p. 5.

⁽²⁾ Par l'experession "règle de conduite obligatoire", nous entendons à la fois : la règle juridique, règle de conduite obligatoire générale et abstraite; et l'obligation : règle de conduite obligatoire particulière et concrête,

Cf. Infra p. 6 et s.

pragmatic utility to the world as one of the main sources of modern international law is the general principles of law as applied in civilized nations. The place of Islam among the great legal systems of the world is universally recognized by the fact it is presented by a judge in the International Court of Justice. It is laudible, before we terminate our presentation, to call for dedicating to the Islamic world a seat on the Security Council of the United Nations as well.

With the notions of peace and war in mind, it is normal that the Islamic theory should enshrine the principle of neutrality as well.

In fact, the Arabs, even in pre-Islamic history, exercised the practice of neutratility and referred to it by the word *itizal*. "so, if they hold aloof from you, and wage not war against you and offer you peace, Allah alloweth you no way against them". (V. IC: 90).

In vouching for the admissibility of the notion of neutrality in the Islamic legal theory, we can cite two more verses. The first verse testifies to the possibility of an Islamic state being in a state of neutrality in a war among other Muslim states. The relevant verse reads: "and if two parties of believers fall to fighting, then make peace between them". The second verse runs as follows: "The alms are only for the poor and the needy, and those who collect them and those whose hearts are to be reconcilled." (V. IX: 60) "Those whose hearts are to be reconcilled" could be reconciled in time of war. Reconcilation in this case is nothing but convincing non-Muslims to take a neutral position in a war which Muslims undertake.

Epilogue:

In fact what we term today the orthodox Islamic theory of law could be said to have started with the second century A.H. This theory represents an idealization that never met with full practical expression, a fact which deprives the classical doctrine of much of its pragmatic value. Actually, the central problem facing a commentator on Islamic law is: what is the true meaning and right commands of the Shariah. God only knows best what He reveals. Thus, the task of Muslim jurists is to discover and understand the genuine injunctions of the Revelation. And so, when we commented on the classical doctrine we did not seek at all to accuse classical writers of being unscrupulous. We only intended to emphasize that their theory is, by no means, sacrosanct since it is speculative and inevitably influenced by environmental conditions.

We trust that our study which, to the best of our capacity is unprejudiced, will induce those who seek the truth to contribute to its more profound elucidation and substantiation. This will be of most idea. Under Article 4 the membership in the United Nations is open to peace-loving states "which accept the obligations contained in the present Charter ..." Thus, the adherence to certain principles is a necessary condition for endowing the qualification of member on a state according to the Charter.

As to the place of peace in Muslim international law, we have pointed out before that Islam considers peace as the normal state of international community. The verses imply that the division of the world is meant to be a cause for competition in good works, or if we use the words of the Charter of the United Nations "to practice tolerance and live together in peace with one another as good neighbours, and—to employ international machinery for the promotion of the economic and social advancement of all people..." "O Mankind Lo! We have created ye male and female, and have made you nations and tribes that ye may know one another. Lo! the noblest of you, in the sight of Allah, is the best in conduct..." (V KLIX: 13).

Islam not only advocates peace but also condemns serious causes that may endanger peace. In line with this policy, Islam condemns domination. The incident of Pharaoh and his abusive treatment of the people of Israel is a telling example to show that Islam hates nations being dominated or oppressed by others. Islam fayours economic development only when it is based upon the exploitation of a country's own resources and on equitable sharing with others of the bounties wich God has provided for each people. This admonition is referred to in the following verse:"And strain not thine eyes toward that which we cause some wedded pairs, among them, to enjoy, the flower of the life of the world, that we may try them thereby ..." (V. XX; 131) In pursuance of the same idea, Islam prohibits stronger states to behave in arrogance towards the weaker. This principle is expressed by the verse: "O ve who beliveve let not a folk deride a folk who may be better than they (are)". (C XLIX: 11). The obligatory character of Muslim international law is based on its divine origin. Hence, Islam combines the rule of law to that of morals in a balanced way that engenders a better juridical international society more able to cope with needs of the development of international law."It is most hateful in the sight of Allah that ye say that which ye do not." (V. LX 1:3).

Islam, consequently, insists on trying to settle international disputes by peaceful means and only tolerates war for ideological ends whenever it is dictated by offensive necessities.

The Islamic injunction stresses the respectability of treaties and emphasizes the principle pacta sunt servanda. Any breach of a treaty is an unforgiveable sin since it is also a renouncement of an obligation towards Allah. It might be argued that this attitude is inconsistent with the classical theory that tolerates unilateral repudiation of a treaty as a result of changed conditions. In fact this theory is rather an early expression of what we term today as the Clausula rebus sic stantibus.

We believe that the basis of the Islamic theory of equality is laid by the verse: "Say: 0 people of the Scripture come to an agreement between us and you; that we shall worship none but Allah and that we shall ascribe no partner unto Him, and that none of us shall take others for lords beside Allah" (V.III: 64). This connotes that from the Islamic point of view, the acknowledgement of the unity of God is the preliminary prerequsite for establishing continual relations between Muslims and non-Muslims. In other words, a state under Muslim international law is not entitled to claim the right of legal equality unless it attains a certain degree of civilization, that is to say when its civilization is moulded with the idea of unity of God. This attitude may be compared to the Western theory which divides the world into civilized and uncivilized nations and recognizes the application of international law only to the civilized nations. The Western theory, in this respect, adopted the Christian civilization as a criterion while the Islamic theory, more tolerably, accepts only the unity of God. It is interesting that Ethiopia in 1936, a Christian country, according to the Italian Government, was not worthy of statehood in the family of nations because Ethiopia had not brought herself up to the level of civilization of the world.

However, if we adhere to the Malkite view, this division would be void since the Islamic state could exact jizya even from the pagans provided that they were not of Quraysh. In other words, pagan states could be admitted to the pale of Mulsim international law. It is noteworthy that the Charter of the United Nations reflects a similar Thus, it is conspicuous that the idea of universalism in Islam originally means universalism of principles and not necessarily of sovereignty. In other words, universalism in Islam embarks, in the first place, on ideological not political lines.

Does this doctrinal conflict, as we witness nowadays, engender between the Islamic state on the one hand and the non-Islamic state on the other some sort of cold war dividing the world into two opposing camps? Some may argue in favour of such inference: "O ye who believe. Take not for intimates other than your own folk, who would spare no pains to ruin you; they love to hamper you. Hatred is revealed by (the utterance of) their mouths, but that which their breasts hide is greater..." (v. III: 118). The prohibition referred to here is not of general scope. It specifies only those who spare no pains to ruin the Muslims and love to hamper them. If non-Muslims do not reveal such hatred, Muslims are to establish with them bonds of friendship sanctioned by the verse: "Allah forbideth you not those who warred not against you on account of religion and drove you not from your homes, that ye should show them kindness and deal justly with them. Lo I Allah loveth the just dealers" (v. LX: 8).

The policy of Islam towards Abyssinia, during the early centuries of the Islamic era, constitutes a precedent of significance in this respect. The Prophet is reported to have said, "Leave the Abyssinians in peace, so long as they do not take the offensive." The Islamic state of Medina, it is to be recalled, was surrounded by by unfriendly states. The only exception to this antagonist attitude was Abyssinia.

The Islamic conception of universalism could be compared with the same conception as conceived by the Charter of the United Nations, Article 2/6 which provides that "The Organization shall assume that states which are not members of the United Nations act in accordance with these Principles so far may be necessary for the maintenance of international peace and security." The affinity between the Charter theory and the Islamic theory lies in the fact that both theories consider universalization of certain principles for the welfare and furtherance of humanity to be the proper concern of a particular entity.

Universalism as a peaceful doctrine is demonstrated in the way the Prophet invited foreign monarchs to accept Islam.

In pursuance of said view we proceed to see how far the Shari'ah accepts the basic ideas of modern inetrnational law, namely the principle of legal equality between states and peace as the initial state of relations between the members of the family of nations.

In our view, Islam bases its international injunctions on a primary hypothesis, namely the existence of an inetrnational community consisting of separate political entities. Several verses in the Quran testify to this statement: "Had Allah willed He could have made you one community. But that He may try you by that which He hath given you (He hath made you as you are) so vie one with another in good works" "and if thy Lord had willed, He verily would have made mankind one nation, yet they cease not differing." "For had it not been for Allah's repelling men by means of others, cloisters, and churches and oratories and mosques, wherein the name of Allah is oft mentioned, would assuredly have been pulled down."

It is to be recalled in interpreting the foregoing verses that the terms "community" and "nation" are used in the jargon of the Quran to mean what we describe presently as "State." It might be argued that the oneness or division referred to in these verses relates to religion. But if we consider the close and indispensable relation between the religious and the political, we will come to the conclusion that the ideas expressed by the said verses apply to political aspects as well.

If Islam tolerates the division of the inetrnational community into different states, how far does it adopt the idea of legal equality and peaceful relations among states? Islam promulgated the magna carta of redigious freedom by the verse: "There is no compulsion in religion" (v. 11:256). The way the Islamic State should follow in fulfulling its missionary duty is defined in several verses among which we quote: "Call unto the way of the Lord with wisdom and fair exhortation and reason with them in the better way ..." (v. XVI:125).

However, Muslim classical writers in asserting the God-given responsibility of the Muslims to govern and educate the unbelievers sustained a theory which, thirteen centuries later, Kipling survived under the motto "The white man's burden.". They were not far from what modern inetrnational law has adopted under the system of Mandate and Trusteeship.

foreward the example of the Prophet Samuel when the Jews asked him to raise up a king to lead them in a war of emancipation from the oppression of the Palestenians (v.II: 247, 249—51). This shows that the type of war which the Quran tolerates is only the defensive war.

Since the twofold division of the world into dar al Islam and dar al harb is a corrolary to the theory of constant Jihad which has been discussed with the conclusion that the Shart'ah favours no aggression, the division is no more of dogmatic meaning. As a matter of fact, this division, under the Abbassids, corresponded to the factual relation between the Islamic State and non-Muslim states. Classical writers intended to give a legal justification to that situation.

From the practical point of view, this dual division proved to be short of answering the needs of the Islamic State, a fact that has been met by some legists by introducing a third division, namely dar al-sulh or dar al-'Ahd. This additional division did not bridge the gap completely because it does not cover all the non-Muslim states which are not in actual war with the Islamic state.

Another offshot of the principal of permanent Jihad is the theory according to which the duration of a treaty should not exceed a fixed period. This view has been proved groundless and of no legal support.

Towards a Conventional Interpretation:

From the preceding study we know that Muslim classical doctrine rather reflects the impact of socio-political circumstances on the understanding of jurists particularly under the Abbassids. A certain degree of affinity between the said doctrine and the Greco-Roman laws could not be denied in regard to the dual division of the world. The Roman division of the world into Romans and Barbarians may in some way be compared to the Islamic division into Muslims and non-Muslims considering that the rights acknowledged by Muslim classical doctrine for non-Muslims are far more humane than those recognized by the Romans to the Barbarians. However, a confusion should be removed. The alleged affinity exists between Islamic classical jurispudence-not the Sharl'th — and Greco Roman laws.

If we turn to the hadith, the first hadith reads "The jihad will last up to the Day of Ressurection." We believe that this hadith is of no authority since its chain of relation to the Prophet includes a certain yazid ibn Abi Shaika who is a majhul (of an unknown biography).

The second hadith runs as follows, "I have been commanded to fight people until they confess that there is no god but Allah." It is always to be recalled that an authentic hadith cannot go against the Quran. The hadith does not mean that the Prophet was commanded to wage war against people until they accepted Islam; it simply means, as a reference to the Quran shows, that he was commanded to cease fighting with people who were at war with Muslims if they with their own accord embraced Islam.

In fact, the idea that the hadith tolerates a war of aggression could hardly be consistent with the conditions in which the Prophet carried out his ministry. Throughout the prophetic office, Muhammad was ill-treated by the Meccans to the length that they made him an outlaw and forced him to seek safety in a distant city, Medina. Despite this emigration, Muhammad did not escape the offence and onslaught of the Meccans and thier allies. Even from within Medina he confronted the strong opposition of the Jews who were supported by the hypocrites. Being constantly in a precarious situation, Muhammad, by no means, could be taken as aggressor. Under the circumstances, his resorting to force on some occasions is to be generally construed in the terms of self-defense policy.

From the foregoing presentation we conclude that neither the Quran nor the *hadith* can amply support the theory of waging unprovoked war against the unbelievers.

In fact, earliest Muslim commentators of the first two centuries of the Islamic era, like ibn Umar, Amr ibn Dinar, ibn Shubrumah, Ata and Sufyan al Thawri, held that only those were to be fought against who attacked the Muslims.

Besides, it is one of the methods of the Quran to give practical examples and comment on each, in approval or dismay, to indicate its injunctions on the relevant incident. With respect to our view we

Now there are three other verses of the Quran that implicate a seemingly unconditional injunction for waging an aggressive war against the unbelievers namely, II: 244, IX: 73 and 123.

The verse II: 244 reads "Fight in the way of Allah and know that Allah is Hearer, Knower." This verse does not indicate aggression on the part of the Muslims since it merely exhorts them to be on their guard and when threatened to defend bravely their Faith. Most likely this verse goes back to the first months after the arrival of the Prophet at Medina and before the Battle of Badr. As then the general tendency of the Muslims was influenced by the Mcccan teaching of strict non-violence. The word qatula does not necessarily mean agressive fighting but plainly fighting.

The verse IX: 73 is as follows "O Prophet strive against the disbelievers and the hypocrites. Be harsh with them... "The word jahid here cannot yield to "making war." It is to be noted that the injunction is related to the unbelievers and the hypocrites as well, and decrees one and the same decision towards both parties. The hypocrites were considered and treated as Muslims, and hence, Muhammad never fought them. The same interpretation must apply to the unbelievers as well. However, let us suppose that the word jahid has two different meanings, one in connection with the unbelievers i.e. making war; this even does not justify that the verse exhorts aggressive war. The verse that directly follows the verse in question emphasizes our inference. This verse explains the reasons why the Muslims are to embark on jihad against the unbelievers. It accuses the enemy of certain wrongful acts and, in retaliation, prescribes fighting-if we accept here jihad in the sense of fighting. We are again in front of the principle of defensive war.

The verse IX: 123 states that "O ye who believe, fight those of the disbelievers who are near you, and let them find harshness in you, and know that Allah is with those who keep their duty (unto Him)." Obviously, the order is confined to "those of the disbelievers who are near to the Muslims. "This specification proves that the verse is of a procedural rather than a positive relevance. It deals with the Islamic tactics and shows that normally the best way to defeat the enemy is to begin with the nearer who is more threatening. It is therefore groundless to draw from this verse a positive rule about aggressive war. It would be in contradiction with the general tenor of the whole surah of "immunity" to push the text to that length.

ptuaries who transgress and fear not God and the Last Day. This conception will be more established if we connect the verse with two others which shortly follow in the same chapter, i.e, the verses IX: 32 and 34. The two verses read respectively, "Fain would they put out the light of Allah with their mouths, but Allah disdainth (aught) save that He shall perfect His light, however much the disbelievers are averse." "O ye who believe Lo! Many of the (Jewish) rabbis and the (Christian) monks devour the wealth of mankind want only and debar (men) from the way of Allah."

As for the verse IX:41, "March ye forth, the light and the heavy..." it is an exhortation for the Muslims to join the Prophet on the expedition of Tabuk which was a defensive measure from the Islamic point of view. This concept could be proved if we interpret the verse in the context of the verses 28—42 which denigrate the Arabs who failed to join the expedition and urge them to "go forth, light-armed and heavy -armed." The general principle which we may deduce from these verses in general and the verses IX:29 in particular is that every able Muslim should not refrain from responding to the order of the imam to join the army when general mobilization is declared.

The verse IX: 36, which is held by some as the verse of the sword, is forewarded in this respect, "Attack those who join gods with God in all..." If we accept the classical argument the verse will signify that every Muslim with no exception is to wage war on every idolater with no exception. This interpretation does not go in line with the principle edicted by the following verse, "And the believers should not all go out to fight. Of every troop of them, a party only should go forth..." In fact the verse should be conceived as a whole. To induce the Muslims to "wage war on all of the idolaters," it justified the commandment by the fact that the idolaters, on their part, are waging war "on all of you." Therefore the Muslims are ordered to fight in self-defense. We believe that the proper interpretation of the word "all" here should be "one unity" or "one hand." In short, the verse impels the Muslims to forget disparity and be one hand in fighting the idolaters because precedents show that the idolaters, on their part, unify to do battle with the Muslims.

mmitted a breach to the treaty of Hudaybeyah. The Meccans were thus given an ultimatum of four months to surrender in default of which they were to be attacked by the Muslims. Mecca capitulated by compromise and consequently the verses were not acted upon insofar as facutal war is concerned. (2) Those idolaterous tribes who were on friendly terms with the Muslims. The Muslims are not allowed to fight them and have to fulfill their treaty till their term.

Thereby the text of the verse IX: 5 is conditional by the stipulations of the other verses. Hence, this verse does not decree the absolute right of an agressive war. Otherwise the verse will be inconsistent with the next verse which states that if any idolater seeks the Muslims' protection, they are to protect him. Undoubtedly, the idolater who needs a safe conduct is an enemy, that is to say a man who should be slain if we understand the verse as giving a general order to "slay the idolaters wherever ye find them."

Because of the persistence of the idolaters in ignoring their treaty obligations and their ferocity in torturing the Muslims, the injunctions insisted that they are to be subdued to "establish worship and pay poor-due" since this is the only alternative in this case to guarantee the safety and security of the Muslims.

The verse IX: 29 is quoted by some writers in a vague way. The verse in complete runs as follows: "Fight against such of those who have been given the scripture as believe not in Allah nor the Last Day and forbid not that which Allah hath forbidden by His messenger, and follow not the religion of truth until they pay the tribute readily, being brought low." The verse, as is clear from its phraseology, is not. directed against all the Scriptuaries but only towards such of them who commit certain acts expressed in the verse. This verse is a prelude to the verses referring to the Tabuk expedition which the Muslims were to mobilize against the Byzantines. Thus, the incident of revelation asserts the conjecture we inferred from the text of the verse. This verse might be interpreted as meaning that fighting is to be enjoined against those who do not embrace Islam nor accept the prophecy of Mohammad.. This will be a misinterpretation because the verse still recognizes the definition of Scriptuaries for those against whom it commands fighting. Presumably, the verse refers to those of the Scri"And if anyone of the idolaters seeketh thy protection (0 Muhammad) then protect him so that he may hear the word of Allah, and afterward convey him to his place of safety. That is because they are folk who know not.

"How can there be a treaty with Allah and with His messenger for the idolaters save those with whom ye made a treaty at the Inviolable Place of Worship? So long as they are true to you, be true to them. Lo! Allah loveth those who keep their duty.

"How (can there be any treaty for the others) when, if they have the upper hand on you, they regard not pact nor honour in respect of you? They satisfy you with their mouths the while their hearts refuse. And most of them are wrongdoers.

"They have purchased with the revelation of Allah a little gain, so they debar (men) from His way. Lo! evil is that which they are went to do.

"And they observe toward a beleiver neither pact nor honour. These are they who are treansgressors.

"But if they repent and establish worship and pay the poor-due, then are they your brothers in religion. We detail our revelation for a people who have knowledge.

"And if they break their pledges after their treaty (hath been made with you) and assail your religion, then fight the heads of disbelief-Lo! they have no binding oaths-in order that they may desist.

"Will ye not fight a folk who broke their solemn pledges, and purposed to drive out the messenger and did attack you first? What: Fear ye them. Now Allah hath more right that ye should fear Him, if ye are believers."

It is self-evident from the very first verse that the foregoing injunctions deal only with "those of the iolaters with whom ye made a treaty". Idolaters could, accordingly, be classified into two categories:

(1) Those who regard no pact nor honour in respect of the Muslims. In fact those verses were published at Medina when the Ouravsh co-

Writers, in addition to what we have mentioned, rely on other verses which we will treat one by one. The verse II: 216 includes the above mentioned verses 190—193, and consequently undergoes the same logic in inetrpretation because the text goes on to mention the wrongdoings of the unbelievers and the attacks made by them on the Muslims. In this the verse 216 is nearly a repetition of the verse 191. Besides the term "war is prescribed" does not allow an aggressive war. This is a mere statement that the law of war has become a part of the Islamic institution of international law. In the same way we say now that the law of war is a part of modern international law but this does not necessarily imply that the term is confined to the war of aggression.

As for the verse IX: 5, it should be read in the context of the verses 1—13 if we are to understand it in its proper meaning. We quote the relevant verse, "Freedom from obligation (is proclaimed) from Allah and His messenger toward those of the idolaters with whom ye made a treaty.

"Travel freely in the law four months, and know that ye cannot escape Allah and that Allah will confound the disbelievers (in His guidance). And a proclamation from Allah and His messenger to all men is free from obligation to the idolaters, and (so is) His meassenger. So, if ye repent, it will be better for you, if ye are averse, then know that ye cannot escape Allah. Give tidings (o Muhammad) of a painful doom to those who disbelieve.

"Excepting those of the idolaters with whom ye (Muhammad) have a treaty, and who have since abated nothing of your right nor have supported anyone against you. (As for these), fulfill their treaty to them till their term. Lol Allah loveth those who keep their duty (unto Him).

"Then, when the sacred months have passed, slay the idolaters wherever you find them, and take them (captives) and beseige them, and prepare for them each ambush. But if they repent and establish worship and pay the poor-due, then leave their way free. Lol Allah is Forgiving, Merciful.

Treaty when the Muslims were catering for pilgrimage but still doubtful about the intentions of the Meccans and whether the latter would allow them to perform their rituals. The Muslims were rather reluctant to measure swords with the Meccans in case the Meccans resort to force to prevent them. This attitude was due to the fact that fighting would he taking place within the sanctuary and during the sacred months. To this effect the divine permission was given. Thereby, the occasion of revelation clearly shows that the verse does not envisage the idea of an aggressive war. The very wording asserts that the word fitnah indicates that the Meccans, as then, were still attacking and torturing Muslims. If, therefore, Muslims repel the force of the aggressor, they are plainly on the defensive. This interpretation will apparently be more impressive if we read that verse in the context of the verses that preceded it, i.e., the verses 109-192. These verses read as follows: "Fight in the way of Allah against those who fight against you, but begin no hostilities. Lo! Allah loveth not agressors."

"And slay them whenever you find them, and drive them out of the places whence they drove you out, for persecution is worse than slaughter. And fight not with them at the Inviolable Place of Worship until they first attack you there, but if they attack you (there) then slay them. Such is the reward of disbelievers. But if they desist then Lol Allah is Porgiving, Merciful."

It is obvious that the right of the Muslims to fight the unbelievers could only be practiced "against those who fight against you," and that they are forbidden to begin any hostilities (v.190). The verse 193 is connected with the verse 190 by the article "and" to specify the aim of fighting which is the suppression of the persecution, upon the achievement of which fighting should cease. It has nothing to do with the beginning of hostilities which is the subject of the verse 190.

The phrase "religion is for Allah" is misinterpreted by some as meaning that all people should embrace Islam. This interpretation contradicts the remainder of the verse which runs as follows, "But if they desist let there be no hostility except against wrongdoers." Desisting here refers to desisting from persecution. Therefore, the verse implies that fighting should come to an end provided that unbelievers stop imposing their creed by force on those who accept Islam.

cally signifies exertion, toll, painstaking, doing one's utmost or striving. It was only among jurists that the word began to acquire a narrower sense of hostility or waging war against infidels. In the course of time, this technical definition, it seems, overshadowed the classical one to the extent that some writers misrepresent the word jihad as synonymous to "holy war". This view is exaggerated since in some texts the word jihad is used in its literal sense and in some others it is used in its legal sense.

It is undebatable that in the Meccan texts the word *Jihad* is to be construed in its classical meaning because Muslims, as of then, had not resorted to arms in defending themselves. Only in some Medinan texts the word may imply holy war. If we turn to the hadith and take, for instance, the Propnet's saying "The pilgrimage is the most excellent of all the jihads," we find that the word *Jihad* is used in its wider sense. Thus, it is clear that the word *Jihad* whether in the Quran or the hadith is not used exclusively in one sense. Moreover, the Quran, in referring to war, used also another word, i.e., *qital*. Hence, to develop a concrete doctrine of Muslim international law, it does not suffice to investigate only the verses containing the word "jihad". Even more important are those injunctions including the word *qital*, since the word explicitly signifies fighting.

Bearing the foregoing remarks in mind, it is not difficult for any fair commentator to obseve that most of the verses quoted by Muslim legists, and their Western followers, in support of their theory are generally detached or dislocated from their context without paying due heed to the remainder of the context. Not only this, but sometimes they also did not comply with the basic rules of interpretation, it is a recognized principle that when two commandments seem to be contradictory, the interpreter should first try to reconcile their contentions. If he succeeds, the two commandments are to be held valid, each in its particular case. Another principle is that when two commandments have bearing on the same subject but one is in general terms and the other is conditional, the contention of the general commandment is to be limited by the conditions of the conditional commandment. A general review of the classical arguments will prove that comment.

We will start with the verse that reads "And do battle against them until there be no more fitnah (persecution)" (II: 193). This verse was revealed in the second year after the conclusion of the Hudsybevah Muslim state.(1) They constitute what we may call autonomous minority that govern itself under its authorized head who is responsible for it to the Muslim government. They are guaranteed certain rights and committed to particular duties. It is not easy to give an accurate account of the relation between the Islamic government and its dhimmi subjects. To sum up, in general terms, the dhimmi is guaranteed life, liberty and-to a certain extent-property. In return he has to pay a poll-tax, jizyah. Every male dhimmi is to pay the jizyah which ranged usually between ten to fifty piastres according to his financial situation. His land either becomes Wakf (public property) with his right to have the use, or he continues to hold it as his own. In both cases he pays a kharaf (land tax) on the land and its crops.

The classical theory, inevitably, reduces Muslim international law to an exclusive system since international law, if it is to have any claim to universal acceptance, must adopt the principle of mutual independence and legal equality among nations. If Muslim and modern international law failed to coalesce in that respect, then since Muslim civilization-under which Muslim international law had thrivedis now lagging behind, either Muslim international law will perish or else it will act as a barrier dividing Islamic from all other states: This conclusion, we believe, betrays one of the fundamental features of Islam, that is to say its universality and permanent validity. Furthermore, it is incompatible with the present intimate integration of Muslim countries in the modern community of nations as shown by their membership in the United Nations and its agencies, paradoxical conjecture, undoubtedly, prompts a genuine and constructive effort to reconsider the classical interpretation of Muslim international law as regards its capacity to cope with international life as it is nowadays.

To assess the classical interpretation, with view to develop a conventional Islamic doctrine of international law, we have first to examine the Quranic and prophetic texts which classical writers forwarded in support of their theory. A preliminary step to this effect is to define accurately the meaning of the word Jihad as used in both the Ouran and the hadith. The word Jihad literally and classical to the control of the word Jihad literally and classical to the control of the word Jihad literally and classical to the control of the word Jihad literally and classical to the word Jihad literally and word literally word literally and word literally w

Fattal, Antoine — Le Statut Legal des non Musulmans en Pays D'Islam, Beyrouth, 1958, p.p. 60 — 9.

reign, were made prisoners by Muslims. The imam, or the commander. at his discretion, may consider the prisoners of war as spoils of war and therefore condemn them to slavery. Thus, the prisoners become a common property of the body of the Muslim fighters. It is by distribution that a slave becomes the recepient's own property. The state is to respect this property and treat the slave as mustamin in the sense that reducing the prisoner to slavery is in intself some sort of safeconduct. A slave cannot change his fate even if he joins Islam afterwards since his coversion does not cast off the right of his master to his ownership. None the less, Umar, based on a Our'anic injunction. is reported to have maintained that a Muslim slave may claim the right to freedom if he offers to work and pay off his value, a right which the master cannot reject. Whether or not the Arabs are liable to slavery is a matter of controversy. Precedents during the lifetime of both the Prophet and Abu-Bakr warrant that Arabs could be subjected to slavery, while Umar contested this view. The Prophet enslaved the Arabs of Banul-Mustaliq in the Battle of the Maraisi, Hawazen and Banul Anbar. Abu Bakr also enslaved the Arabs of Banu Najiba.

It is noteworthy that Islamic classical institution of slavery is distingished by two main characteristics, i.e.(I) the human treatment of the slave with view to raising his morale. A slave shoud be treated on the same footing with his master as regards food, clothing and dwelling, and (II) the wide possibility given to the slave to be emancipated. From this we may conclude that slavery in traditional Islam was originally meant to be an adequate medium of proselytizing non-Muslims rather than denigrating some individuals. As for civil inhabitants, the wives and children of combatants incur the same fate, that is to say they must become slaves. The rest of the population may face one of two possibilities, i.e. (i) slavery or (ii) treated as dhimmis.

The Islamic conquest put the Muslims in direct contact with people who were not people of the book and as a result, gave rise to the question of how to treat them. The first point at issue was relevant to the Magians, a fire worshipping people in Persia, then arose the case of the heathens of Harran and the pagan Berbers. To those the tolerated status of dhimmis was extended. We may conclude that all non-Arabs, who do not apostatize, are entitled to the Islamic dhimma. Actually, the dhimmis do not become citizens stricto senso of the

- 3. The Jihad is a formal obligation(1) since it should be preceded by addressing a formal invitation to the people against whom it is directed calling on them to join Islam or pay poll-tax, as the case may This was the constant practice of the Prophet to emphasize that the aim of the Jihad is to defend the Faith and not to win earthly gains. Although jurists unanimously profess to the principle of invitation, as such, yet they differ on its implementation. Some hold that the Muslim state is no loger under the obligation of addressing a prior invitation on the ground that Islam has been widely spread and heard of and. therefore, non Muslims have been duly forewarned. However, Muslim practice is in favour of addressing an invitation before starting acts of hostility. The conduct of the Ummayad caliph, Umar ibn Abdel-Aziz. is significant in this. It is reported that upon a complaint from the inhabitants of Samarqand against Qutayba, the commander of the Muslim army, that he conquered their city without previous notification. Umar referred them to the judge Djumai ibn Hader al-Baji, who decreed that Muslim troops should withdraw and the commander should invite the inhabitants of the city and give them sufficient delay. Anyhow, the Muslim sate may renounce this obligation of invitation when it would result in a delay that ameliorates the situation of the enemy to the detriment of the interests of the Muslim state. The same applies, as well, to the case when the Muslims are, a priori, reasonably aware that the invitation will be of no avail.
- 4. The Jihad is a defensive as well as an offensive obligation. It is self-evident that the right of self-defence is an inherent right in every community. But instituting aggressive wars was, and still is, a subject of bitter controversy in both theory and practice. However, classical Muslim writers adhered to the doctrine that tolerates aggressive war provided that aggression aims at furthering Islam. If this is the attitude of Muslim classical writers, it is not surprising that a number of European writers of almost a century ago hold the same idea about the law of war in Islam.

According to the classical theory, the prisoners of war are the enemy combatants who, via legitimate war declared by a Muslim sove-

Al Sarakhsee, Muhammed Ibn Ahmed — Sharh Al Siyar Al Kabir, Hyderabad, 1355 A.H., Vol. 1, pp. 57 — 9.

2. The Jihad is a perpetual obligation, until the universal conversion of humanity to Islam is achieved. But the perpetuity of the Jihad is relative as the Jihad comes into being only when circumstances are favourable to the Muslim state and likely to be suspended if the interests of the Muslim state require it. Hence, the doctrine of the Jihad does not necessarily envisage constant fighting, but merely implies the existence of a state of war between the Muslim state and its neighbours. Under exigent needs, the suspension of the Jihad has now lasted for so long a period that it has virtually become a normal state for the Muslim community. For the Shi'ite, the Zaydi sect excluded, the Jihad entered into a sate of quiscence in the absence of the imam. The imam, in his capacity as infallible ruler, is endowed with the sole authority of declaring the Jihad whenever he considers it due.

With the notion of perpetuation in mind, we could not assert, theoretically, that the Islamic state could enter into genuine peace treaties with-Muslim states. The general doctrine holds that only truce for a limited period, in principle not in excess of ten years subject to renewal for similar periods, is authorized (I). In fact, the classical theory knows three types of treaties, namely the aman, the hudna and the muivada.

The aman guarantees for the harbi (enemy alien) safety in life and property when he goes to the Islamic state. The duration of the aman should not exceed a period of one lunar year. This institution has strong affinities with the present system of visas and regulations for the residence of aliens in foreign countries. The hudna is equivalent to what we call today truce. Actually, classical doctrine did not emphasize a sahrp distinction between hudna and muhvada due to the fact that both institutions are of temporary character. However, these treaties are liable to unilateral repudiation before their term of expiration if repudiation proves to be in favour of the Muslim State. In this case the Muslim state should afford the infidel party sufficient delay to communicate the information to the different parts of its territory.

The last call to the Jihad, made in 1914 by the Ottoman sultan Muhammad Rachad, proved an utter failure. Presently similar attempts have been tried out with regard to the stand of the Arab states towards Israel.

⁽¹⁾ Al Shafi'i - Kitab Al Umm, Boulac, 1322 A. H., vol Iv, p. 100.

If we turn to bughat, it is difficult to find a concrete provision relevant to that category of Jihad in Muslim positive law. Jurists usually cite the following verses to support their claim: "And if two parties of the believers fall to fighting, then make peace between them, and if one party of them doth wrong to the other, fight ye that which doth wrong till it return into the ordinance of God; then, if it return, make peace between them justly and act equitably." In fact the bulk of Islamic rules dealing with this topic are based on the orthodox practice of the caliph Ali who was faced with the first two civil wars in Islam, namely the Battle of the Camel and his struggle with Mu'awiyah and under whose reign the Kharijites emerged as a case in point.

The Jihad against the bughat is prescribed only when they fail to obey the law and cause grievance to the state.

The bughat, in case of rebellion, are entitled to the rights of a de facto government in the modern sense of the term. Their jurisdiction over their territory during their maintenance of power is recognized as lawful and valid. The treaties they conclude with non-Muslim states, other than those to fight against the Muslims, are considered as binding over the Muslim state. They are not held responsible for any loss of life and property caused during the conflict. Their private property is not treated as spoil and their prisoners of war are not liable to be killed

It seems that classical writers, when dealing with the general characteristics of the *Jihad*, had mainly in view the example of the *Jihad* against non-Muslims. This fact, together with the foregoing remarks on some peculiarities of the *Jihad* against bughat and apostates, should be borne in mind when we consider the cahracteristics of the *Jihad*, which we can group as follows:

1. The Jihad is a collective obligation, fard kifayah, that is to say as soon as a part of the Muslim community fulfils the duty of Jihad, it ceases to be any loger obligation on others. This quality excludes the Jihad from being one of the piliars of Islam. However, the Jihad becomes fard ayn, in two cases, i.e., for those who dwell in the territory nearest to the enemy, and when general mobilization is declared to repel an agression. The Kharijites, who conceived the state as a garison state, regarded the Jihad as the sixth pillar of of Islam.

Technically speaking, the classical doctrine of Jihad deals with different types of hostile measures, some of which come under the rules of international law while some do not. For instance, the Jihad against international highwaymen could not, in our view, be included in the international types of Jihad. We will concern ourselves only with types of Jihad related to our study.

We can classify said types of Jihad under two categories:

- 1. Jihad of extermination(1), against those who are charged with the most palpable form of sins, i.e. the polytheists and apostates. A polytheist is a pagan who has not any sort of revealed book. We mean, too, those apostates who denounce their faith and either join dar al-harb or establish themselves in a territory of their own and acquire enough strength to threaten the authority of the Islamio state. Originally, the apostate was a Muslim who, it was hoped, would return to Islam, therefore Muslim jurists distinguish between the characteristics of dar al-ridah and dar al harb. Although the Muslim state is not entitled to conduct peaceful relations or to make alliances with the apostates or to accord them quarters, it has this discretion with regard to polytheists.
- 2. Jihad of reconciliation(2); against those who are accused of less palpable sins, namely the Scriptuarties and the bughat (disserters). Here Islam shows an inclination to leniency because the Scriptuarties believe in God, and the bughat are Muslims afterall. The Scriptuaries are to choose one of three possibilities; Islam, in which case they enjoy full rights of citizenship, poll-tax, reducing them to second-class citizens with certain disabilities, or the Jihad.

See; (a) Ihn Rushd — Al Muqaddemat al Mumahidat, Cairo, 1325
 A. H., rol. 1, p. 285

⁽b) Al Mawardi — Al Ahkam Al Sutaneya, H. Cairo 1380 A.H., p. 143.

⁽c) Sahmun — Al Mudwana Al Kubra, Cairo, 1356 A.H., vol III, p. 46.

⁽²⁾ See; (a) Hamidullah, Muhammed — The Muslim Conduct of State, Lahore, 1953.

⁽b) Welhausen — Arab Kingdom and its fall, translated by Margaret Graham Weir, Calcutta, 1927, p. 53.

sun's circle as it halted, in the East, at the borders of India, and failed, in the North, to penetrate the mighty walls of Constantinople (717/18), while in the Far East it endured a decisive defeat at Tours (732),

Failing to correspond to the then known world, the Islamic state had to confront two major problems, i.e., its relations with the non-Muslim states that remained outside its orbit, and the treatment of non-Muslim subjects residing in its territory. In this situation the classical doctrine developed two notions, namely the division of the world into the Muslim world and non-Muslim world, and the rules regulating the status of the dhimmis in dar al-Islam. Therefore, the classical conception of Muslim international law is based on those main precepts, i.e., The Jihad, the division of the world into two parts and the status of the Dhimmis. We will tackle these topics below.

The Jihad, as we have learned, is regarded by Muslim jurists as the medium of establishing Muslim sovereignty since the reign of God's religion necessitates political supremacy of said religion. Actually, the doctrine of Jihad, being more or less a doctrine of warriors. was not entirely a new tenet to the Arabs who had been warriors throughout the pre-Islamic era of their history. This fact induced some writers to maintain that the Islamic concept of Jihad was indispensable for the existence of the Islamic state, assuming that there must be some way or another to exhaust the innate warlike energy of the Arabs outside the state, otherwise this tendency would have inevitably sought its satisfaction within the state. (1) To us this view is exaggerated because, presumably, during the lifetime of the Prophet, the Faith was strong enough to transcend tribal tendencies. Not long after the death of the Prophet the capital of Islam was transferred to Kufa and then to Damascus. After that the Arab element in the Muslim army began to be overshadowed by alien Muslim converts, whilst Arabs showed increasing interest in the luxuries of life which they came across in the conquered countries. In fact, it could be argued that the Jihad was an expansive rather than a preservative factor in history of the Islamic state,

To summarize, the Jihad is the Muslim doctrine of war.

Khadduri, Majid — War and Peace in the Law of Islam, Baltimore, 1955,
 62.

creating the unprecedented phenomenon of three rival caliphs in the Muslim world at the same time each alleging the right of representing the community on the international level and exercising supremacy over a separate geographical realm. Other parts of the Islamic world split off from the rule of Baghdad in both the West and the East.

With this devastation the Islamic state was to face the crusades that sprang up as a response to the speach delivered on November 26, 1095 by Pope Urban at Claremont and lasted for about three centuries.

The Christian reconquest of Spain lead eventually to the christianization and unification of Spain under Ferdinand and Isabella towards the end of the fifteenth century.

The reintegration of the Islamic state was — to a great extent — accomplished under the Turkish Empire when the Uthmanli Sultan undertook to unify the world of Islam under their rule. In the beginning the Turkish sultans did not show zeal for the title of caliph and the first international document to add this title to the Sultan was the treaty of Kuchuk Kay-Narji signed in 1774 with Russia. Finally, Turkey was defeated in World War I, and the caliphate was abolished by the Kemalist Government of Turkey. Britain and France managed to divide the Arab world into distinctive states with more or less defined borders. Most of these states soon developed a feeling of nationalism and were able to attain their independence as separate political entities after World War II. The Islamic world is still politically divided into separate independent states which, on the international level, act as distinctive entities. Actually, Muslims total now more than 400 million, that is to say about 1/6 th of the world population.

The classical doctrine of international law considered:

According to the classical Muslim doctrine, the "raison d'etre" of the Islmaic state is to achieve the universal rule of Islam. Hence, it conceived the Islamic state as a universal state by its very nature. As a corollary to this idea, the Muslim caliphs were determined to wage a constant war of conquest in the name of Islam, which they carried successfully during the first century of the Islamic era. This claim for universalism gave rise to the establishment of the doctrine of Jihad as the instrument of the Islamic state to perform its function, whenever peaceful methods fail. But victorious Islam failed to complete the.

obedience and fidelity to their chief. This ineterpretation is clearly reflected in the procedure of bay'a which includes no reference at all to territory expressing the concept that the authority vested in the chief is not conditioned by him possessing territory. The formula of the bay'a is exclusively a personal promise of obedience and fidelity. This interpretation may mean that the Islamic state is a theocratic state.

"Theocracy is a much maligned word used by modern writers for the concentration of authority in God exercised through a priest class or a king in an autocratic manner" (1). Theocracy, in this sense. is alien to Islam. The caliphate had no divine merits, since the revelation of God ceased at the death of the Prophet and it is the function of the ulama (the most learned) to interpret the sacred texts. Besides. there is no special class of divine theologians dedicated to the service of religion. The Prophet is said to have declared to his companions that in matters relating to mundane affairs they were perhaps better judges than himself. The secular aspect of the caliphate predominating under the Ummayad period, was blended in a Persin expression emphasising religious considerations. The Abbassids claimed divine right as the basis of their power and this showed itself in the extravagent titles they chose for themselves such as Khalifat Allah (God's caliph) and Zull Allah 'ala al-Ard (God's shadow on earth). It was because of the caliphate that the Muslim community was divided into three main sects : the Sunnis, the Shi'is and the Kharjis. Therefore, after the advent of the Abbassids, the theory of state and sovereignty gained a new connotation in the Islamic doctrine and practice. Firstly, the full citizenship of the state, nationality, which formally was confined to the Arabs, now opened to encompass all Muslim subjects regardless of their race or origin. Secondly, the territorial idea began to be of importance in the conception of state. Eventually Muslim jurist theologians, of the Abbassid era, adopted the idea of a fixed territory as a constructive element in the structure of the state and divided the world geographically into two sections; dar al Islam (the world of Islam) and dar al-harb (the world of non-Muslims). Thirdly, the notion of caliphate underwent drastic metamorphoses. Both the Fatimid 'Ukayd-allah (A.D. 929) in North Africa and the Ummayed Abdel-Rahman III (A.D.909) in in Spain, claimed the title of caliph, thus

⁽¹⁾ Sherwani, Haroon Khan — Studies in Muslim Political Thought and Administration, Lahore, 1959, p. 303.

Hijaz, while other non-Muslims living outside Hijaz, such as the Jews of Daral Qura in Syria, were left undisturbed. Nevertheless, the territorial basis was not officially recognized by Muslims. For example, the Islamic state of Medina comprised nomadic tribes, such as Juhaynah and Muzaynah, whose habitat lay outside the borders of Medina. Only in one instance territory was recognized as predominent in Muslim theory, i.e. the Meccan sanctuary as it is absolutely inaccessible for non-Muslims.

Thus, the territorial element had only practical validity but no recognition was given to it. It was rather a de facto than a de jure element in the structure of the Muslim state. This explains why Muslims regard thehijra as a change of tribal and social attachment not of location. Actually, this view might have been influenced by the nomadic custom that never recognized fixed lines without width as houndaries to tribal activities. It suffices for the Muslim state to be formed and come into being, that all believers should unite in a social grouping under the leadership of their head. "The question might be raised, why territory should be necessary at all, to constitute an international juristic person? Theoritically, there is no reason why a community of persons bound together by common interests of a sufficiently permanent character, [whose membership cuts across state boundaries, should not be recognized by international law as similar groups are recognized by municipal law" (1). "The rigidly territorial nature of statehood is not so much a matter of logical necessity as of historical circumstances growing out of the kind of systems and out of juristic conceptions of sovereignty prevailing at the time when international law began to take definite shape". (2)

Admittedly, the political notion of sovereignty (sultan or mulk), was dominated by the same opinion. Sovereignty was essentially personal. To enjoy his power, the head of the community need not establish his influence over a determined geographical domain, in other words his personal sovereignty could be recognized independently of any territorial sovereignty. Thus the sovereignty of the head of the community comprises a submissive relation between the head, personally, and the members of the community under which the believers owe

⁽¹⁾ Fenwick, Charles - Intenstional Law, 3rd ed., 1948, p. 105.

⁽²⁾ Fenwick - Op. Cit. p. 105 (in the footnates).

Going back to the international development of the Islamic state from the legal standpoint we observe that the first term to be used in Muslim practice to express the notion of state was the word "Ummah". In the Our'an the term occurs in a number of varied and changing meanings. However, when Muhammad introduced it to the Convention the term became a specifically Islamic term to designate the Muslim state. After the exclusion of the Jews from the politico-religous community of Medina and the incorporation of Mecca and other parts of Arabia into the Muslim state, the term ummah became obsolete. Occasionally, it was replaced by one or two terms; Jama'a or Hizb Allah. However, we cannot claim that there was a conventional term to designate the Muslim state during its first decades, since diplomacy was carried out in the name of God and Muhammad. Anyhow, the state got a new definition under the Abbassid dynasty, namely davidh which literally means new era. The Abbassids, in adoptiong this term for their state, were referring to their revolutionary movement. However, the term came in Arabic terminology to denominate the state.

Now we come to the question: how far the conception of ummah or dawlah is similar to or different from, the modern conception of state?

In fact, the Qur'an contains alomst nothing in that respect. The nearest verse to be invoked in this context is an exhortation to the blievers to obey God, his Apostle "and those in authority", and even this verse is ineterpreted in a different way by some Arab commentators who held that it is a behest to the troops of a given commander setting out on a campaign at the time.

The Islamic state, in its formative period had at its head a prophet who integrated both the religious and the political; a unique incident which makes it without precedent or example in the history of international law. We have learned that the conception of the tribe was the centre of pre-Islamic Arab political organization. This conception continued to be inflential on the Muslim thinking during the early history of the Muslim state. The Muslims stressed the social element in the structure of the state and emphasized that all Muslims, regardless of their geographical location, are members of one and the same body, namely the Muslim state. We do not pretend that the Islamic theory ignored the territorial element completely since Yathrib was delimited as the territory of the Medinan state. The importance of the territorial element showed again when 'Umar deported non Muslims from

of danger which threatened it. In such circumstances we should be ready to admit that the city state of Medina could no more tolerate a faction of active opponents who apposed its policy and were ready to compromise with the enemy at any convenient time, otherwise it would be in a very precaurious situation.

Exeptional circumstances justify exceptional measures. It is quite fair that, in accordance with the dictates of necessity, all regulative limitations might be deliberately rejected and the rigor belle introduced. We should not forget that at the present time, there are writers who advocate the doctrine which states that the binding force of the laws of war in general might be disregarded in case of extreme necessity "salus popule suprema lex". The principle of necessity was generally adopted by the Hague Convention 1907 under which collective penalties are not unlawful if the group partake in the illegal activities.

If we concentrate on the Qurayzah, it must be remembered that it lived in the proximity of Medina, and thus represent a potential danger to the Muslims. Expulsion of the Banu Qaynuqa and the Banu al-Nadir proved to be an indiscrete measure since they, form Khavbar, continued to intrigue diligently against Muhammad, and the Nadir played a prominent role in the formation of the great confederacy that undertook the Attack of the Trench. It is of significance that the Ourayzah, unlike the Oaynuga' and the Nadir and to the contrary of the provisions of the Covenant, did not leave its destiny in the hands of the Prophet who most likely would be rather lenient, but insisted on being judged by the Chief of their Arab confederate clan. The powers of the arbiter were not restricted to the application of particular rules. Besides. the arbiter, before awarding his decree, made sure that both parties will surrender to his judgement without protest. Thereby, the arbiter decided to judge the incident according to the Jewish law, namely the Deuteronomy (1). We consider this a sincere implementation of Article 25 of the Convenant which stipulates that "... to the Jews their religion and to the Muslims their religion". In other words this is a Jewish and not an Islamic punishment.

The Deutronomy is the fifth book of the Pentateuch, called in Hebrew Debarim (words).

Talking about the emergence of the Islamic state, and referring to the treatment which the said state administered against the Jews of Medina, it might be questioned how far the nascent Islamic state respected what we call today the minimum standard of human rights because the conduct of the Islamic state towards the Jews of Medina is a highly controversial topic among commentators. The retributive justice inflicted on the Jews of Medina, particulary the Ourayzah, furnished to some Western writers a ground for attack. We would like, from the very outset, to exclude from the discussion the hypothesis that the measures taken were meant to annihilate the Jews as such . "The continuing presence of at least a few Jews in Medina is an argument against the view sometimes put forward by European scholars that in the second year after the Hijirah Muhammad adopted a policy of clearing all Jews out of Medina just because they were Jews"(1) To assess the actions performed, we first should outline the legal status of the Jews in Medina after the promulgation of the Covenant. The Jews were confederates either to the Aws or to the Khazrag. This fact was the driving element of integrating the Jews into the Medinan community. As such they became citizens of the new Muslim state and had to Respect the public order of the state and refrain from active enmity to its creed which was the bases of the whole structure of the state. Any such act would be considered, according to modern standards, as a crime of high treason worthy of major punishment. But the Jews did not pay much heed to their duties as citizens, or to their commitments according to the Covenant of Medina. A few months after the organization of the state, they adopted a positive if hostile attitude towards the state, rejected the Prophet's mission and, in some cases even expressed contempt and devision. We could adequately appreciate the seriousness and danger of these polemics if we bear in mind the cultural superiority of the Jews as compared with the illitrate Arabs, and the influence the Jews can presumably gain in an unadvanced society where poets occupy the position of the press in modern times (2). This resulted in a religious and cultural break between the Muslims and the Jews. But when the state became the object of military campaigns ever since the battle of Badr the measures which the state could legitimately take against such acts must correspond with the amount of

⁽¹⁾ Watt -- op. cit. p. 217.

⁽²⁾ The Incident of Ka'b ibn al-Ashraf could be cited as an Example. After Badr, he paid a visit to to Mecca and was thought to have encouraged the leaders of Ouravash against the Muslima.

population, territory and government to be qualified a state under the

The city state of Medina began in what might be termed as a form of confedereration because of a certain degree of autonomy which the tribes preserved towards the central authority of Muhammad, particularly in blood-wit and in waging war. After the military prestige that Muhammad achieved by his victory at Badr and the civic regulations introduced for the community, the city state of Medina turned into what may be called a federate state. This state was formally recognized by Mecca, in 629, in the Hudaybevah agreement, since the agreement was concluded between two equals with the acknowledgement of Muhammad's political power in Medina. After the capture of Mecca and the victory the Muslims gained at the battle of Hunayn, he Islamic state spread over the whole of the Arab Peninsula. But it is qustionable among writers whether or not Muhammad in the last year of this life became the ruler of the Arabian Peninsula. Some stress that his political authority was spread over almost the whole of Arabia. Others go to the other extreme maintaining that he only ruled a limited district round Medina and Mecca. A third group stand in between, suggesting that the Islamic state, in 632 AD., was "a conglomeration of tribes in alliance with Muhammad on varying terms, having as its inner core the people of Medina and perhaps also of Mecca"(1). This controversy is of minor importance since it relates to a very short period. When Abu-Bakr, a few months later, was elected as successor to the Prophet (632-634 AD) he, for certain, considered himself the ruler of Arabia and conducted his policy on that attitude. During the riddah some revolting tribes refused to pay tribute but confessed their belief in God and his Apostle and were ready to perform the prayers, trying thus to separate the political from the religious. Abu Bakr, in rejecting this view and waging war with them, expressed that in his understanding wherever the religious leadership is admitted its corollary is political leadership. Thus, under Abu Bakr, the Muslim state assumed the unitary form, having its central government in Medina. This state took its definite shape under Umar ibn al-Khattab (635-644 AD) who assumed the title of 'Amir al Mu'minin' (the commander of the believers) a title which implies the political character of the office.

⁽¹⁾ Watt, Montgomery - Mohammad at Medina, Oxford, 1962, pp. 22 -- 23-

Anyhow, the foundations of the first Islamic state in Medina were laid in the Second Pledge of Al-Aqaba. The Medinan delegates invited the Prophet to their city and pledged themselves not only to allegiance and to the normal precepts of Islam, but also "to war, in complete obedience to the Apostle, in weal and woe, in case of hardship and evil circumstances". Hence, the new society began to affirm its autonomy as regards the traditional tribal solidarity by the military bond which might be operated by the believers against their own kinsmen. When Muhammad arrived in Medina, he put the principles sworn in the Second Pledge of Al-Aquabah in a more detailed document named the Covenant of Medina. The main provisions of the Covenant that come into our study are: (1)

- The believers are one community (Umma) to the exclusion of all men.
 - 2. The Jews are one community with the believers.
- Every clan according to their present custom shall pay the bloodwit within their number.
 - 4. The peace of the unbelievers is indivisible.
- The Jews shall contribute to the cost of war so long as they are fighting alongside the believers.
- No polytheist shall take the property of Quraysh under his protection nor shall be intervene against a believer.
- 7. The close friends of the Jews are as themselves. None of them shall go out to war save with the permission of Muhammad, but shall not be prevented from taking revenge for a wound.
- If any dispute likely to cause trouble should arise it must be referred to God and to Muhammad.
 - 9. Yathrib shall be a sanctuary of the people of this document.

By defining the notion of *Ummah* as the community of persons who constitute the Islamic state, adopting Yathrib as a sanctuary, and investing Muhammad with certain powers of control and complulsory arbitration, the city of Medina was possessed of the required elements

Welhausen was the first to divide the Covenant into Articles and translate it into an European language.

The Apostle was the spiritual leader and the supreme head of the Islamic community and, through divine revelation, he was the lawgiver of the communitus islamica. Even before the establishement of the Islamic city-state of Medina, the Apostle, as such, concluded, in 622 A.D. a treaty known as the Second Pledge of Al Agaba with a delegation representing the Medinan tribes. Besides, he enjoyed the passive and active right of legation, that is to say, to send and receive ambassadors. He, as apostle, received the said deputation of Medina. In 621, after the First Pledge of Al-Agaba, Muhammad sent Mus'ab to Medina as his representative to teach people Islam. The emigrants whom the Apostle sent to Abyssinia, in 615 A.D., should be regarded as his deputation if we judge by the circumstances and the wording of the maessage the emigrants carried to the Negus calling on him to embrace Islam. We are inclined to infer that the emigrants must have had an extra mission relevant to the Mecca trade in the hope of inducing the Nugas to boycott it as a measure of retaliation to Meccan hostility towards the Muslims. In this case the emigrants were actually a delegation representing Muhammad in his individual capacity as Prophet, and the friendly reply of the Negus should be considered as a legal recognition of that right. Throughout his lifetime. Muhammad assumed only the title of Prophet and Apostle and introduced documents by that title. After the formation of the Muslim State the Apostle constituted in his person what we call today personal union. The relation between his prophethood and his political leadership could be assimilated, constitutionally, to the relation between the Crown and the King in British constitutional law. in so far as the idea of separation of powers is concerned.

More convincing, however, is the argument that, even under the general principles of present international law, an international personality coheres in Muhammad as Apostle because these principles stipulate that legal personality is acquired by the person who is qualified and who is obligated by the rules of international law. In Western international law, the unique position of the Pope in the Christian community induced Western writers to recognize him as an international person. (1)

⁽¹⁾ Compare;

⁽A) Kunz Joseph L. — The Status of the Holy See in International Law, A. J. I. L., vol. 46, 1952,

⁽B) pp. 308 — 14. Spiriopulus, Jena A. — L'Individu en Droit International Paris, 1928, p. 32.

⁽C) Sorensen, Max — Principes de Droit International Public — R.C.A. D.I. Col. 101, (1960 III), p. 127.

⁽D) Norgaard, Carl Aage — The position of the Indivivual in international Law, Copenhagen, 1926, p. 32.

Qur'an. Technically, they can never take the place of the Arabic version of the Qur'an. Consequently the translations often show subtle difference, which might lead to different conclusions. This fact is apt to lead foreign scholars to adopt an altogether wrong attitude towards the teachings of Islam.

Historical Development of Muslim International Law:

Western writers vary considerably in the definition they adopt for international law owing to divergences in the sources from which they maintain that this law is derived. Generally speaking, most definitions suggest that for international law to exist there must be a combination of three elements, namely;

- 1. numerous political entities,
- 2. mutual relations between those entities,
- 3. rules or principles to control these relations.

Obviously, the environment in which the external Muslim igw developed included, from the very start, the required elements. The nascent Muslim state evolved in a society which knew independent states such as Persia, Abyssinia and Byzantium. This society had its particular system of international law. Besides, there were also perfinciples and rules which the Muslim state considered as binding on it in its relations with other alien states.

It is noteworthy to emphasize here that theology is not in contradiction with international law. The fathers of the international law of our time, as well as those of Muslim law, were theologians. Moreover, the science of international law aims at the integration of humanity. In that sense, religion is in close accord with international law. The term "religion" is derived from "regulare", because the divine cult gathers and unifies men. (1).

It could be argued, with good reason, that the call to prophethood was the germ on which Muslim international law grew, on the ground that the Apostle was endowed with international personality. Muhammad the Apostle, in so far as international law is concerned, occupies a unique position which warrants exceptional treatment.

Laurent, F. -- Etudes sur l'histoire de l'humanité, (Histoire du Droit des Gens), 2nd ed., Bruxelles, 1861, vol. 1, p. x.

Early Muslim scholars have bequethed to us a number of works on Muslim international law based fundamentally on the idea of universalism and that a religious war of agression is one of the tenets Islam prescribed by the Qur'an for securing conversions or exacting tribute. Such views, presumably, were intended by their authors to fazilitate the application of the principles of the Shari'ah to specific questions. Naturally, their approach was dicta'ed by the existing environmental socio political requirements and conditions of the time. Therefore, thereir rulings cannot be considered as unconditionally applicable to the needs of the Islamic state in the twentieth century irrespective of modern socio-political exigences.

Nevertheless, as time elapsed, these ideas gained in the public mind a kind of sacrosanct soundness of their own and came to be regarded by the majority of Muslims as an inherent part of the Shari'ah itself although neither the Qur'an nor the tradition offer authority for such an unwarranted enlargement of the Shari'ah. On the contrary, the law Giver deliberately provided a limited range of explicit ordinances to determine the general legal pattern within which society ought to develop, leaving the multitude of possible legal problems to be decided according to the changing requirements of time and society. Thus it is not accurate to include the doctrines of the various Islamic schools of thought in the Shari'ah stricto senso. They are the media of making the Shari'ah accessible to common believers.

The regidity of public opinion about the Islamic classical doctrine induced some modern Muslim commentators to accept Western political and legal concepts as the norm to which a modern Islamic state should conform. This, in many cases, resulted in the adoption of concepts which are in contradiction to the dictates of Islamic ideology due to the fact that Western jurists — for reasons of their own-consider questions of belief and of political life as two entirely different domains, whilst the close connection between religion and politics is one of the characteristics of Islam.

The right path in our view, is to turn to the roots of Islamic law, namely the Qur'an and the traditions and from there establish concrete principles of a contemporary Muslim international law. This effort, for those who do not know Arabic, is faced with the crucial problem of the lack of a precise translation of the Qur'an. Actually all translations at hand are but attempts to present the meaning of the

propaganda by which Muhammad, admidat the confused conflicts of tribes, was on the point of giving his own people a religion which it would presently cast upon the world, while imposing its own domination the Arab onslaught took them by surprise". (1) In fact, both empires contented themselves with establishing spheres of influence within areas bordering their frontiers through which they hoped to have their dominance infiltrate into the rest of the Peninsula. Further, those areas under influence could assist in barring the expansion of the bedouins onto the settled land and at the same time act as buffer states between the two contending parties. The Persians thus supposted the Lakhmids near the Euphrates and later were able to extend their influence to al-Yaman in the South. In tike manner the Byzantines supported the Ghassanids who settled to the east of Damascus.

Nevertheless, "there is no doubt that one of the essential causes of the amazing military successes of the Arabs was the discontent of the pouplation of Syria and Egypt. This discontent was religious in character, for the monophysite doctrine adopted by the majority of the population of these provinces had been outlawed by the Byzantine Government" (2).

Thirdly: The distinction between the Sharl'ah and the Figh.

We deem it relevant, before we proceed to our discussion, to clear up a point of terminology. Muslim writers usually employ the terms Shari'ah and Fiqh to identify the law, and maintain that the fiqh is a version of the Shari'ah, if not a synonym. To us the two terms 'do not designate the same thing. The Shari'ah is the divine law which God has revealed and He alone knows best its precise meaning and commandments. Fiqh is the process of discovering and understanding the injunctions of the Shari'ah. Therefore, Fiqh is necessarily speculative by its very nature. Admittedly, it could be changeable according to place and time. Hence, we are inclined to confine the term Shari'ah or, God's will as revealed in theQur'an and the Sunna, to the creative origin of the Islamic law, while Fiqh is the demonstrative evidence of the Islamic principles.

Firenne, Henri — Mohamed and Charlemagne, London, 2nd. ed., 1940,
 p. 147 — 9.

⁽²⁾ Vesiliev, A. A. — Byzantium and Islam, an Article in "Byzantium — an Introduction to the East Roman Civilization", Oxford paperbacks, 1961.

who were administering the state and who gave up their possessions for the cause of Islam, would consider such an aim of substantial importance in planning Islamic foreign policy.

We, too, repudiate the widespread view that the outstanding victory of Islam over the two great powers of the day, Byzantium and Persia, was due to the weakness of these powers. Undoubtedly, pascent Islam was far less equipped than they were in numbers and war instruments, and had to concern itself with supplying its conquering forces. In fact, Islam as a belief was the driving factor and the essential element that cemented the Arab masses never united before. Muslims, at one time, fought against both Byzantium and Persia simultaneously when the Arab troops were engaged in wars in Persia and in Egypt as well. For instance, in 640 A. D. the Arab troops were facing 20,000 men, the Byzantian garrison at Babylon in the West, whilst other troops were forcing their way to the province of Pars (Persia proper) in the East. It is beyond all logic to ascertain that the Muslims who, thus, had to fight in two frontiers at the same time against the two powers of the day were, by any means, in a stronger position vis-a-vis Persia and Byzantium however weak the two empires might have been.

To us, it is common error that writers try to find out an explanation, beyond propagation and defence of faith, for the Islamic conquests in the seventh century of the Christian era.

What is really worthy of investigation is the magic expansion of Islam and its decisive victories over the two great contemporary masters of the world. To this effect we are inclined to accept the interpretation that the Byzantine Empire had never regarded its frontiers with the Arabs "as one of its vulnerable points, nor had it never massed there any large proportion of its military forces. It was a frontier of inspection which was crossed by the cravans that brought perfume and spices. The Persian Empire, another of Arabia's neighbours, had taken the same precantion. After all, there was nothing to fear from the nomadic Bedouins of the Peninsula, whose civilization was still in the tribal stage, whose religious beliefs were hardly better than fetichism, and spent their time making war upon one another, or pillaging the caravans that travelled from the South to the North, from Yemen to Palestine, Syria and the Peninsula of Sinai, passing through Mecca and Yathrib. Preoccupied by their secular conflict, neither Romans nor Persians seem to have any suspicion of the war of publicity is an indispensable corollary to this sort of revolution with a view to enlightening humanity and forcing it forward to a better intellectual and social life. This is not fanatical because fanaticism implies abnormality which is far removed from what we have in mind. The cry for fraternity, liberty and equality echoed in the different corners of Arabia more than twelve centuries before the French revolution. and Islam launched the principles of an affluent society in a way far more acceptable than contemporary economic doctrines. We could not say then that by using force to spread these dogmas beyond the political boundaries of Arabia, Islam proved to be a warlike creed; otherwise we overlook the hostile attitude which the exponents of past political and religious ideas outside Arabia took towards Islam and ignore as well the universal claims of Islam. Thereby, the early Islamic conquests should be regarded as wars of publicity and not of imperialism; in other words, those conquests were directed towards the defence and propagation of the Islamic philosophy and not Arab domination. They were a necessity for the furtherance of civilization. The Arab conquerors were often received by the vanquished peoples as saviours. Our view may be better illustrated if we take into consideration the fact that the early Islamic conquests were directed against the then seats of world civilization in Syria. Persia and Egypt where the intellectual struggle must be settled one way or another.

In line with what we have said we refute the theory that explains Islamic expansion mainly on economic grounds. Of course we cannot, entirely, ignore the economic aspect of the Islamic conquests but we reject its being the main incentive. It is true that Muslim caliphs used to stimulate the enthusiasm of the warriors by referring to the booty they could gain and that the conquests enabled the Muslims to amass a considerable fortune, but these were not the essential objectives of the Islamic conquests which, as we mentioned before, were for dogmatic propaganda in an era which knew only war as an effective means for such a purpose. Referring to booty, it was a way to secure the zeal of some soldiers who were newly converted to Islam or were not sincerely involved in it, a measure compared to granting medals of honour or funcial privileges in our times. But this should not be confiused with the ultimate aim of the state as such. It is utterly inconceivable that the orhodox caliphs and their assistants, the companions of the Prophet,

that both Muslim and modern international law have common ends. The conception of faternity, peace and security should be conceived as fundamental for understanding the orthodox norms of Muslim international law and as the pattern within which we interpret the injunction of the Qur'an and the traditions as well. Hence, this notion will generally form the framework of our attempt to trace both thehistory and concepts of Muslim international law.

We would like to point out, from the very outset, that Muslim history and thought were not always or necessarily identical with Arab history and thought, because when the Arabs, through their conquests, came into direct contact with the Greeks and the Persians they were influenced by the greek and Persian culture, and Islamic civilisation reflected that influence.

It is a tragedy that the conjuctive bonds of common religion, race, language and customs, which might have been expected to develop some sort of Arab union, failed to do so. "The antiquated paganism of the peninsula seems to have reached a point where it failed any longer to meet the spiritual demands, of the people and was outgrown by a dissatisfied group who developed vague monotheistic ideas, and wont by the name of Hanifa.... On the political side the organised national life developed in early South Arabia was utterly disrupted. And anarchy prevailed in the political realm as it it did in the religious. The stage was set, the moment was psycological, for the rise of a great religious and national leader" (1) it was Muhammad ibn Abdel Lah.

Secondly: The Nature of Islamic Expansion:

To judge Islamic expansion fairly, it is vital to look at it from the right angle. Islam, in our view, is a reformative revolution to be counted among the great revolutions in the history of humanity. Islam, like the French and Russian revolutions, is based on particular dogmas and theories addressed to humanity as a whole and claiming universality. Such revolutions tend to prevail by their very nature and have a predesined role to enforce their philiosophy upon the opponents of the new ideas, otherwise they betray their aim and "raison d'etre". Hence a

⁽¹⁾ Hitti, Phillip K. History of the Arabs, London, 1951, p. 108.

divine law, we have to consider Arabia, where Islam initially emerged. as an ideal testing ground for trying out the Islamic technique of adjusting society. Thus, the state of Arab society, at the time when Islam was revealed by God to the Prophet Muhammad, should be construed as intuitively symbolizing the intolerable failure of human society: and the methods that Islam adopted are to be perceived as the heavenly rationalization for those very defects. Therefore, the way of life that prevailed in pre-Islamic Arabia should be regarded as a preliminary background against which we may come to understand the objectives of Islam insofar as our earthly life is concerned. Since the present study is exclusively interested in Muslim international law, we deem it expedient to confine ourselves to the international aspects of Arab life just before Islam came into being. To the best of my knowledge the worst manifestations of the Arab life, at the time, were mainly the widespread disintegration among the Arabs, with every clan or tribe, as the case may be, claiming complete independent status vis-à-vis the other clans or tribes. Obsessed by assablyah (chauvinism) and clannish individualism, the Arabs failed to develop the principles of regional community within their circle. The clan strongly cherished patriotism within itself as an ultimate end and regarded other clans as its justifiable victims. The Arab Who is not attached to a tribe is considered an outlaw. In this situation, violence and land piracy, nowadays considered as vices, were the code of dignity and honour of the Arab. This attitude manifests itself in the more than one thousand synonyms the Arabic language is said to have contained for the sword. and, equally in the cronicles called avvam al-Arab (days of the Arabs). which narrate their diplomatic history through their wars. Even conferences such as Sua Ukaz, were occasions for boasting and showing off and nothing of importance to the cause of peace was achieved through such general gatherings. In fact, war was the ultimate resort for settling disputes. In other words, the clannish spirit was overwhelming international relations among the Arabs, if we may use the term international in this context. This deplorable disintegration and individuality tempt us to say that the chief purpose of Muslim international law was to mitigate, if not to banish, egoistical feelings and preach - as a substitute - fraternity, peace and security. This inference might suggest

GENESIS OF INTERNATIONAL RELATIONS IN ISLAM

Bu

Dr. MUHAMMAD TALAAT AL GHUNAIMI

Our presentation deals with the general outlook of Islam on international relations, in other words, the general conception of Muslim international law. We mean by Muslim international law "the sum total rules and practices which Islam ordains or tolerates in international relations."

Islam began in Mecca as a welligion, became a State in Medina and then spread as a culture. Nevertheless the contribution of modern writers to the interpretation of Muslim international law is remarkably deficient. (1).

To judge Islamic legal theory fairly, it is vital to take certain facts into consideration, namely :

Firstly: The True Task of Divine Law in Society:

Needless to say the task of law in a society is mainly to remedy its deficiencies and meet its needs. Especially is that so when law is revealed by divine power; we presume that it should mostly be predestined to redress society. To perform its function appropriately, the revealed law must select a society where certain deficiencies exist in regard to which the application of the divine process may convincingly illustrate the reformative role of the legal system. Based on that assumption and taking into consideration that Muslim law is originally a

Arthur Nassbaum maintains that "The Islamic law on international relations is scanty and vague, except for some aspects of war". Nasabaum, Arthur. A Concise Elistory of the law of Nations, New York, 1963, p. 4.

"Majallat Al-Hogoug"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JUIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL

Directeur de la Rédaction : Dr. ANWAR SULTAN

14 ème ANNÉE. 1969 Nos. 1 et 2

REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR La fagulte de droit Universite d'Alexandrie



Vol. XIV

1969 - No. 1, 2